



This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

- + *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
- + *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
- + *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
- + *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at <http://books.google.com/>



Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

- + *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.
- + *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.
- + *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.
- + *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter <http://books.google.com> durchsuchen.

WIDENER LIBRARY



HX GFDP X

AH 7203.141



Harvard College Library.

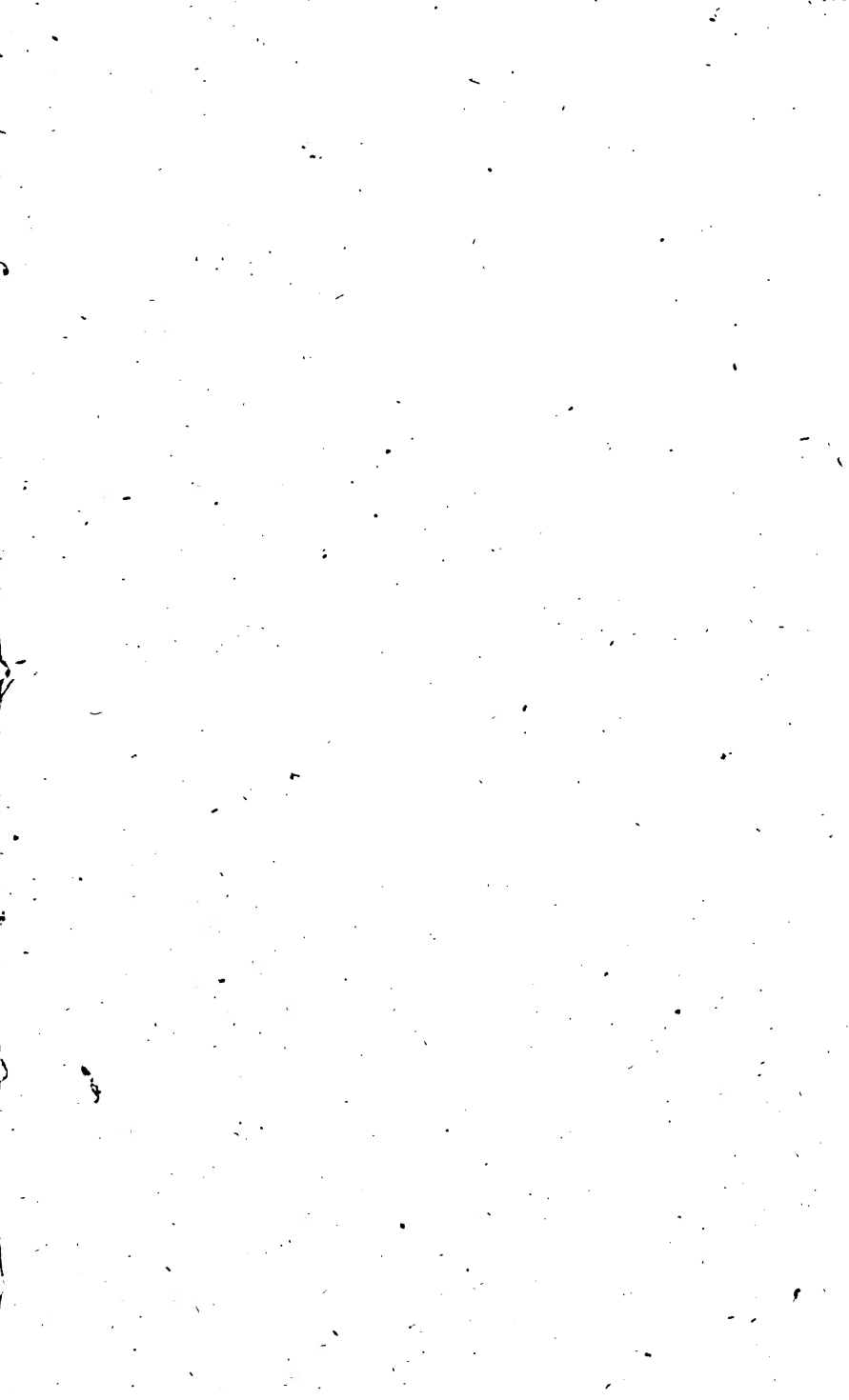
FROM

THE LIBRARY OF

PROFESSOR E. W. GURNEY,

(Class of 1852).

Received 22 May, 1890.





Ausführliche Erläuterung
der
P a n d e c t e n
nach
Hellfeld
ein Commentar

von
D. Christian Friedrich von Glück
Geheimen Hofrath und ordentlichem Lehrer der Rechte an
der Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen, Ritter
des Civil-Verdienst-Ordens der bayer. Krone.

Nach des Verfassers Tode fortgesetzt
von
D. Christian Friedrich Mühlenbruch
Geheimen Justizrath und ordentlichem Lehrer der Rechte an
der Georg-Augustus Universität in Göttingen, Ritter des
rothen Adler-Ordens dritter Klasse.

Acht und dreyßigster Theil.

ne
E r l a n g e n
in der Palm'schen Verlagsbuchhandlung.
1 8 3 5.

AMERICAN LIBRARY

VI. 9255

134

Received of the Library

22 May, 1902

From the Library of

PROF. J. W. ...

A 4 7203.41
11 3 1 1

1000

1000

1000

no ...

1000

1000

1000

no ...

1000

1000

1000

1000

Fortsetzung des Titels:

De liberis et postumis heredibus instituendis vel exheredandis.

§. 1425. f.

Das Recht der Notherben nach deutschen Gesetzen und in seiner
Anwendung auf Erbverträge.

In Deutschland waren früher weder Testamente bekannt ¹⁾, noch ein vollständiges Universalerbenrecht (Note 7), und eben so wenig ein Notherbenrecht im römischen Sinne. Was sich davon in den Bearbeitungen des römischen Rechts findet, welche in den auf römischem Boden errichteten Germanischen Staaten entstanden (z. B. in dem Edict Theoderichs und der *Lex Romana Burgundionum*),

- 1) *Taciti Germania* c. 20. — *J. H. HEINECCIUS* Diss. de testamentifactione jure Germanico arctissimis limitibus passim circumscripta (in opusculor. varior. Syll. Hal. 1735. 4. Exerc. XXVI.) §. IX. p. 934 fg. (Math. v. Wicht) in dem Vorbericht zum ostfriesischen Landr. (Munich 1746) §. 6. C. 14 fg. Note x. (Griesinger) Fortsetzung von Dänz Handb. des deutschen Privatr. nach dem System von Runde Bd. IX. C. 4—23. Joh. Jac. SPLITGERBER Spec. hist. jurid. inaug. de successione ab intestato ex antiquis gentium Germanicarum moribus explicata. Amstelod. 1833. §. I. p. 5 sqq.

kann natürlich nicht als Zeugniß des in Deutschland geltenden Rechts angesehen werden, wenn gleich die in jenen Staaten lebenden Deutschen, und auch deutsche Kaiser, Fürsten und hohe Geistliche wohl auf römische Art testirten ²⁾. Lange gab es in Deutschland nur gesetzliche Erbfolge, mit großen Verschiedenheiten sowohl in Ansehung der berechtigten Subjecte ³⁾, als der Gegenstände ⁴⁾. Die Verpflichtung zur Schuldenzahlung gieng zwar auf den Erben über, aber nur insofern der vererbte Gegenstand mit Schulden belastet werden konnte ⁵⁾, und auch alsdann

2) HEINECCIUS l. l. §. X. p. 936. Vgl. auch v. Savigny Gesch. des römischen Rechts im Mittelalter Bd. I. S. 268 fgg. Bd. II. S. 103—118 Griesinger Fortf. von Danz. Bd. IX. §. 679. S. 30 fgg. Spangenberg die Lehre vom Urkundenbeweise in Bezug auf alte Urkunden. II. Bd. (Heidelsb. 1827) S. 283 fgg. — S. auch unten Note 26. — Hieraus erklären sich denn auch wohl die in den Formelsammlungen sich findenden Testamentsformulare (vgl. v. Savigny a. a. D. Bd. I. S. 273 fg.), die aber freilich keineswegs als eigentliche Zeugnisse wirklicher Anwendung des römischen Rechts betrachtet werden dürfen, v. Savigny a. a. D. Bd. I. S. 402. fg.

3) Eichhorn Einleit. in das deutsche Privatrecht S. 329. 330. (b. 3. A.) Mittermaier Grundf. des gem. d. Privatr. S. 382. 383. (b. 4. A.) Rom. Maurenbrecher Lehrb. des heut. gem. deutsch. Rechts S. 538. 539. — Vgl. Rud. v. Sydow Darstellung des Erbrechts nach den Grundsätzen des Sachsenspiegels mit Rücksicht auf die verwandten Quellen. Berl. 1828. §. 4. S. 16.

4) Vgl. Maurenbrecher a. a. D. S. 540.

5) In der älteren Zeit wurden regelmäßig alle Immobilien schuldenfrei vererbt, so daß die Schulden nur auf der fahrenden Habe hafteten. Sachsenspiegel B. I. Tit. 6. — Eichhorn deutsche Staats- und Rechtsgesch. Bd. II

man soweit die Verlassenschaft zur Deckung der Schulden hinreichte⁶⁾, so daß mithin ein wahres Repräsentativverhältniß des Erben, eine vollständige Universalsuccession, dem deutschen Rechte fremd war⁷⁾. Aber auch Erbverträge in dem Sinne, welchen man jetzt damit verbindet, d. h. Verträge, wodurch ein eigentliches Beerbungsrecht

§. 375. v. Sydow Darstellung des Erbrechts nach den Grundsätzen des Sachsenspiegels §. 57. S. 331 fgg. Wie sich dies allmählig änderte, ist hier weder nachzuweisen, noch steht es mit dem Zwecke der gegenwärtigen Erörterung in irgend einer näheren Verbindung. Vgl. darüber, so wie über den Gegenstand der folg. Note Eichhorn deutsche Staats- und Rechtsgesch. Bd. III. §. 456. (Zu den von Eichhorn angeführten Citaten ist auch noch hinzuzufügen das alte Eulmische Recht Buch IV. Cap. 17). S. auch unten Note 22.

6) Sachsensp. a. a. D. „Wer das Erbe nimmt, der soll des Verstorbenen Schulden bezahlen, so weit das Erbe an fahrender Habe zureicht.“ (Vgl. Schwabensp. C. 262. §. 1.). Und dabei gab es auch noch andere Einschränkungen: Sachsensp. a. a. D. „doch ist er nicht schuldig, Diebstahl, Raub oder Spielschulden zu bezahlen.“ — Die Forderungsrechte giengen aber vollständig auf den Erben über, Sachsensp. B. I. Art. 9. R. Sydow a. a. D. S. 328 fg. (Nr. 1).

7) Eine Repräsentation des Erblassers durch den Erben, in Folge deren dieser auch mit seinem eignen Vermögen für die Schulden haftet, kennt also das ältere deutsche Recht nicht. Indessen liegt eine zu beschränkte Auffassung des Begriffs der römischen per universitatem successio zu Grunde, wenn die Germanisten, wie gewöhnlich geschieht, behaupten: im deutschen Erbrechte werde gar keine Universalsuccession gefunden, — wobei denn noch wohl bemerkt wird: da auch der deutsche Erbe in alle Rechte des Erblassers eingerückt sei, so passe es nicht ganz, wenn

begründet wird, waren lange unbekannt⁸⁾. Ueberhaupt war ja das Verfügungsrecht über sehr wichtige Bestand-

man das deutsche Erbrecht nur Singularsuccession nennen wolle. (S. Wittermaier Grundzüge §. 382. Nr. IV. v. Sydow Erbr. nach d. Sachsenp. §. 54. S. 313 fg. Maurenbrecher Lehrbuch §. 541. Nr. 3. Auch Haffe hatte früher wohl die nämliche Ansicht; f. Zeitschr. für geschichtl. Rechtswissenschaft von v. Savigny u. s. w. Bd. I. S. 36. Note 14. Nur bei Eichhorn finde ich sie nicht). Allein die Römer zweifelten keinen Augenblick, auch das bloße Eintreten in die gesammten activen Vermögensverhältnisse eine *per universitatem successio* zu nennen (s. Pr. J. *de acquis. per arrog.* und Pr. J. *de successione sublati*, quae fiebant *per bonor. vendit.* — Vgl. auch meine *doctrina Pandectar.* Vol. III. S. 612.); für diesen Begriff kommt also zunächst nur in Betracht, daß durch einen Erwerbsact ein Vermögen übergeht. Vgl. Haffe im Archiv für civilist. Praxis Bd. V. Abh. I. S. 19 fg. u. S. 58 — 62; wofelbst (Note 4) gesagt wird, daß, wenn gleich die Schulden auf den deutschen Erben nur, soweit die Masse reicht, übergehen, die deutsche Beerbung dennoch als Universal succession behandelt werden müsse, indem absoluter Uebergang der Schuld nicht zum Wesen der Universal succession gehöre. Haffe darf also keineswegs als Vertheidiger der Meinung angesehen werden, wonach die deutsche Erbfolge als Singularsuccession zu betrachten ist, wie dies wohl geschieht. W. f. Maurenbrecher Lehrb. §. 541. a. S. Nr. 1. Es läßt sich auch gegen die Annahme einer Universal succession schon im älteren deutschen Rechte daraus kein Argument hernehmen, daß der deutsche Nachlaß nicht als eine einzige unzertrennte Masse angesehen werden dürfe, sondern es hier eben so viele getrennte Vermögensmassen gegeben habe, als verschiedene Beziehungen, wo-

theile des Vermögens dem Besizer entzogen; indem diese den gesetzlichen Erben hinterlassen werden mußten, deren Recht daran in keiner Weise mit dem der römischen Nacherben verglichen werden darf; denn sie konnten von dem Erbe gar nicht ausgeschlossen werden und durften eine wider ihren Willen erfolgte Veräußerung, sogar noch bei Lebzeiten des veräußernden Besizers, als nichtig anfechten.

nach ein Individuum möglicherweise beerbt werden konnte (z. B. Stammgut, Heergeräthe, Bekleidung u. s. w.); Mitherrmaier Grundsätze S. 382. Nr. V. Manzenbuecher Lehrb. S. 541. Nr. 2. Denn, wer auch nur das bekam, was nach Abzug der einem besonderen Successionsrechte unterworfenen Vermögensobjecte noch übrig blieb, der war eben so gut Universalsuccessor, wie der römische Erbe, welcher nach Abzug der Schulden und Vermächtnisse vielleicht nur wenig übrig behielt. — Uebrigens schließt auch selbst Huschke (im rhein. Mus. Bd. VI. S. 365 fg.) sich hier den Germanisten an, weil er die vermögensrechtliche Einheit als zum Wesen der per universitatem successio gehörig ansieht. Wir wollen hierüber nicht streiten. Gewiß ist aber, daß, so gut die Römer eine Succession in ein Gesamtvermögen ohne eine eigentliche Succession in die Schulden als per universitatem successio zuließen, eben so gut diese auch dem Deutschen Erbrecht von jeher bekannt gewesen sey.

8) (Griesinger) Fortsetzung von Dantz Commentar Bd. IX. S. 678. S. 23 — 29, besonders aber Haffe über Erbvertrag, Vertrag über eine fremde Erbschaft, Schenkung Todes halber und wechselseitiges Testament, im rhein. Museum für Jurisprudenz Bd. II. Heft I. S. 3. S. 165 — 173, und Ge. Beseler die Lehre von den Erbverträgen. Erster Theil (Gött. 1835. Auch unter dem Titel: die Vergabungen von Todes wegen nach dem älteren deutschen Rechte) S. 1. S. 4.

ten?) Ursprünglich gehörte dahin alles unbewegliche Gut¹⁰⁾ auch wohl vorzugsweise hereditas genannt¹¹⁾. — und selbst bis in die neuesten Zeiten hat sich in dieser Beziehung ein Unterschied erhalten zwischen wohltempertem Vermögen (*bona acquisita*), worüber eine freie Verfügung möglich ist, und angestammtem Gut (Erbgut, *bona agna*), was nicht ohne der Erben Erlaubniß veräußert werden darf, meistens mit Beschränkung auf Immobilien; hiervon aber alles vom Blutsfreunden ererbte Vermögen umfassend¹²⁾. Genug, es blieb lange Zeit Regel, daß ohne der gesetzlichen Erben Zustimmung der Besitzer nur über sein Mobiliar verfügen dürfe; soweit eine Verfügung möglich war, also auch über das ganze Vermögen, wenn keine Erben vorhanden waren, oder die vorhandenen einwilligten, konnte sie auch in der Art erfolgen, daß der Eigener des Vermögens Jemandem das Nachfolgerecht zusicherte¹³⁾. Hiesfür bildete sich denn eine

9) Sächsenp. B. I. Art. 52. — v. Sybow Erbrecht n. dem S. Sp. S. 44. S. 220 fgg. Vergl. W. F. Albrecht die Gewere als Grundlage des ältern deutschen Sachenrechts (Königsb. 1828) S. 13. S. 112. — Ueber die frühere Zeit s. Beseler a. a. D. S. 5. S. 48 fgg.

10) S. a. B. Sächsenp. B. I. Art. 52. — v. Sybow a. a. D. S. 40. S. 182 fgg.

11) Haffe a. a. D. S. 174 fg. Nr. 7.

12) Lübsches Recht B. I. Tit. 10. Art. 6. — Hamburger Stadtr. Th. III. Tit. 1. S. 7. — HEINECCIUS Diss. de testamenti factione jura germ. etc. §. XXIV. HANBOLD Lehrb. des Königl. Sächs. Privatr. S. 396.

13) Schon in den alten Volksrechten geschieht des Erbvertrags über das gesammte Vermögen Erwähnung. Lex Ripuarior. C. 48. „Si quis procreationem filiorum vel filiarum non habuerit, omnem facultatem suam in

eigenenthümliche Form aus; die nicht Vertragsform, sondern eine symbolische Tradition war ¹⁴⁾), wodurch der Nachfolger die Gewehr, und damit jedenfalls ein selbstständiges Recht erhielt, welches ihn gegen Veräußerungen sicher stellte ¹⁵⁾). Führende Habe allein wurde auf diese Weise nicht vergabt, sondern dabei wirkliche Uebergabe erfordert ¹⁶⁾), wohl aber in Verbindung mit den Immobilien, und überhaupt in Beziehung auf das Gesamtvermögen, gegenwärtiges und künftiges ¹⁷⁾), versteht sich, soweit es der Dispositionsbefugniß des Erblassers unterworfen war. In der Folge wird ein ge-

praesentia regis, sive vir mulier, vel mulier viro, seu cuiusque libet de proximis vel extraneis, adoptans in hereditatem (s. unten Note 24), *vel adfatimi* (s. die folg. Note) *per scripturarum seriem, seu per traditionem, et testibus adhibitis, secundum legem Ripuariam licentiam habeat.* — Haffe a. a. D. S. 175 a. E. fg. Albrecht von der Gewere §. 21. S. 218.

14) Lex Sal. cap. 49 (oder 48). Es ist dies die Form, welche in den corrumpirten Handschriften sehr verschiedenen benannt wird, z. B. *adfatiimi* oder *adfatinpire*, *acfatmire*, *adframire* u. s. w. (S. Lex Salica ex variis quae supersunt recensionibus una cum Lege Ripuariorum ed. E. Ad. Theod. LASPEYRES. Hal. 1833. 4. p. 114. 115. Vgl. auch E. Spangenberg die Lehre vom Urkundenbeweise in Bezug auf alte Urkunden Bd. I. (Heidelb. 1827). S. 417. Nr. 5). — Ueber die Form selbst s. Haffe a. a. D. S. 176 fgg., besonders aber Beseler a. a. D. §. 7. S. 96 fgg.

15) Albrecht a. a. D. §. 19 u. besonders daselbst S. 190 fgg.

16) Albrecht a. a. D. §. 20. S. 201 fgg.

17) Albrecht a. a. D. §. 21. S. 218 fgg. — Vgl. Beseler a. a. D. §. 10. 11. S. 152 fgg.

richtlich erteiltes Versprechen für genügend erachtet, wenigstens um dem Promissar ein unwiderrufliches Successionsrecht zu erteilen¹⁸⁾, jedoch durfte der Promittent sich freies Verfügungsrecht vorbehalten¹⁹⁾. Aber auch die gerichtliche Auflassung hielt man nicht immer und zuletzt überall nicht mehr für nothwendig; eine schriftliche Vertragsurkunde konnte deren Stelle vertreten²⁰⁾, ja zuletzt kam die, freilich vielfach durch Particulargesetze wieder beschränkte Regel auf, daß jede Vertragsform genüge²¹⁾. Mit den Formen änderten sich allmählig auch die Wirkungen, und wenn früher der, welcher als Nachfolger in die Immobilien die Gewere erhalten hatte, überall nichts zu den Schulden des Erblassers beitrug²²⁾, so finden

18) Sachsenspiegel B. II. Art. 30. Hier wird der Erbvertrag überhaupt noch als Ausnahme von einer verbotenen Regel bezeichnet: „Wenn sich einer Erbe zusaget, nicht wegen Anverwandtschaft, sondern als ob ihm solches versprochen wäre, das soll man vor Unrecht halten, es könnte denn erwiesen werden, das das Versprechen vor Gerichte vollzogen worden sey.“ — Görliger (Magdeburger) Recht von 1304. Art. 21. (Gaupp das alte Magdeburger u. Hallesche Recht, Berl. 1826. S. 278). — Ueber die Wirkung eines ohne Tradition vollzogenen Erbvertrags s. Albrecht a. a. D. S. 204—208.

19) Das alte Salmische Recht Buch IV. Cap. 21. — Albrecht a. a. D. S. 208 u. 222. Not. 584.

20) Schon das Ripuarische Gesetz (s. oben Note 13) erwähnt nur die Nothwendigkeit einer Tradition oder eines schriftlichen Auftrages. Vgl. auch Haffe a. a. D. S. 181. Nr. 9.

21) Haffe a. a. D. S. 196 fgg. (Nr. 20).

22) Albrecht a. a. D. S. 190 fg. (Nr. 1). — Beseler a. a. D. §. 10 a. E. S. 150 fg.

wir später die Verbindlichkeit des Vertragserben, mit dem Nachlaß die Schulden zu decken, allgemein anerkannt²³⁾. Auf diese Weise gewöhnte man sich denn auch in Deutschland an die Vorstellung, daß Erbrecht aus einem zweifachen Grunde deferirt werden könne: durch Gesetz und durch eine Verfügung des Erblassers^{23a)}; die wesentliche Gleichheit der Wirkungen beider Delationsgründe ergibt sich vielleicht am bestimmtesten daraus, daß man sich den Erbvertrag wohl als eine Adoptionshandlung des Erblassers zu denken pflegte²⁴⁾.

Welchen Einfluß nun auf dies Alles das römische Recht hatte, und wann eigentliche Testamente in Deutsch-

23) Salmisches Recht IV. Cap. 20 a. E. Cap. 34. — Albrecht S. 221 a. E. fg. — Vgl. Eichhorn deutsche Staats- und Rechtsgesch. Bd. III. S. 456.

23a) Vgl. Eichhorn deutsche Staats- und Rechtsgesch. Bd. IV. S. 572. — In den deutschen Gesetzen werden die letztwilligen Verfügungen aller Art häufig durch *Geschefft*, oder *Gescheffte* bezeichnet. S. auch unten Note 27. 28.

24) S. oben Note 13, auch die Glossen zum Sachsensp. B. II. Art. 30, welche also anfängt: „Dieser Artikel redet von dem Kaiserrechte, welches im Latein heißt *de adoptionibus*, d. i. zu Deutsch, von den gewillkürten Erben. Denn vor Zeiten war es also, daß ihm ein jeglicher Mann seiner Willkür nach zu einem Sohn oder Tochter erwehlen mochte, wen er wollte. Und die waren darnach in seiner Gewalt, und er beerbte sie mit seinem Gut;“ (d. h. er vererbte auf sie sein Gut). Es ist daher gewiß nicht richtig, wenn Hasse (a. a. O. S. 177 fgg.) meint, daß man dabei an die römische Adoption ganz und gar nicht gedacht habe. — Vgl. auch das Freiburger Stadtrecht v. 1520. Bl. 62 b. fgg.

land aufstamen? läßt sich mit Sicherheit nicht bestimmen²⁵). Eine große Annäherung an einseitige letztwillige Verfügungen lag jedenfalls darin, daß man bei Erbverträgen sich willkürlichen Widerruf vorbehalten durfte. Der Name Testament für letztwillige Verfügung²⁶) kommt in solchen Urkunden, welche von einem Rechtsgebrauch in Deutschland Zeugniß geben können, nicht vor der Zeit vor, wo man daselbst römisches Recht wenigstens schon kannte; man kann also immer zugeben, daß darunter wirkliche einseitige und widerrufliche Dispositionen auf den Todesfall, nicht aber Erbverträge zu verstehen seien²⁷), ohne daß hieraus folgen würde, die Testamente seien in Deutschland ohne Einwirkung des römischen Rechts aufgekommen^{27 a}). Der so gewöhn-

25) Vgl. hierüber im Allgemeinen Eichhorn, deutsche Staats- und Rechtsgesch. Bd. III. S. 455, 456 und Haase a. a. D. S. 184 fgg. Nr. 11—17.

26) Der Ausdruck testamentum hat auch die Bedeutung einer Urkunde überhaupt; da FRESNE glossar. ad script. infimae a med. latinitat. v. testamentum. Ueberdies darf man nicht vergessen, was oben (zu Note 2) über die Testamente von Deutschen gesagt ist, welche aber keineswegs als Zeugniß eines in Deutschland geltenden Rechts angesehen werden dürfen.

27) S. besonders Albrecht a. a. D. S. 209—217.

27 a) Gerade der Gebrauch des Ausdrucks Testament in dem Rübischen Recht v. J. 1240 (Art. 161) und in anderen alten Stadtrechten beweist vollständig wider die Germanisten, welche wie Wittermaier (Grundsätze S. 407) eine unabhängige Entstehung der Testamente in Deutschland annehmen. Denn es wäre doch wahrlich sehr auffallend, wenn ein so rein technischer Ausdruck des röm. Rechts sich zufällig auch an anderen Orten für densel-

liche Ausdruck: **Geschefft**, oder **Gescheffte** (für Dispositionen auf den Todesfall) kann hierbei gar nichts entscheiden, da er allerdings in den Particularrechten und Statuten, welche von römischen Testamenten handeln, auch auf diese bezogen wird, allein keineswegs ausschließl. und bisweilen wohl gar im Gegensatz derselben²⁸⁾. Indessen ist ein näheres Eingehen in diese und ähnliche Fragen für unseren Zweck sehr entbehrlich. Nur Einiges, was der folgenden Darstellung zur Grundlage dienen muß, soll hier besonders hervorgehoben werden.

Vergebens suchten die Romanisten die Gültigkeit der Erbverträge aus Gründen zu bestreiten, die ja doch immer nur aus dem römischen Rechte hergenommen werden konnten²⁹⁾. Eher gelang es, den Erbverträgen, welche jetzt auch häufig eingegangen wurden, um dem Eindringen der römischen Testirfreiheit mittelbar zu begegnen³⁰⁾, römische Formen und Grundlagen zu geben³¹⁾,

den Begriff ausgebildet hätte. Noch andere Gründe für die hier vorgetragene Meinung finden sich bei Beseler die Vergabungen von Todeswegen S. 14. S. 252—260.

28) S. z. B. Nürnberg. Reform. v. 1522. Bl. 103, wo in der Ueberschrift des Gesetzes **Geschefft** auf Testament und **Geding** bezogen wird, in dem Gesetz selbst aber häufig Testament und **Geschefft**, so wie Testament oder **Geschefft**, offenbar im Gegensatz stehen.

29) Vgl. Eichhorn deutsche Staats- und Rechtsgesch. Bd. III. S. 455. Note m.

30) Haffe a. a. D. S. 191 fgg. Nr. 16.

31) S. Haffe a. a. D. S. 185 u. 194 fg. (Nr. 18). Vgl. Eichhorn a. a. D. S. 455. Note l. — Merkwürdig ist auch die Aeußerung von Zasius, daß die Erbver-

was denn freilich auch wieder neue Doctrinal-Streitigkeiten veranlaßte. Auch ward in manchen Ländern das römische Recht so vorherrschend, daß Erbverträge entweder auf *pacta successoria* unter Ehegatten beschränkt³²⁾, oder wohl gar ganz abgeschafft, wenigstens für widerruflich erklärt wurden³³⁾. Doch darf man

trüge, ungeachtet sie durch ganz Deutschland verbreitet seien, dennoch für eine Anomalie gehalten werden müßten. In dem Lib. II. c. 7 *singular. resp.*, wo er mehrere juristische Anomalien (oder Anonyma wie er meistens sagt) anführt, heißt es unter anderen: „*Item in ordinationibus successoriis, quibus tota Germania est referta, hoc videre licet; hæc enim nec sunt testamentum, nec codicillus, nec donatio propter nuptias, nec plane pactum, sed est voluntas in genere.*“ (Diese Worte beweisen, daß Zasius sich das Wesen des Erbvertrags, als eines nicht auf Begründung einer bloßen obligatio gerichteten Vertrags, sehr richtig dachte. S. Hasse a. a. D. S. 169). — Uebrigens ist es eine eben so richtige, als für das practische Recht viel zu wenig beachtete Bemerkung neuerer Juristen, daß römisches Testamentsrecht auch auf die deutschen Erbverträge und deren rechtliche Bedeutung einwirkte, daß man hierbei besonders den Begriff einer willkürlichen Erbebernennung, oder einer Vergabung von Todeswegen im Auge behielte, und jedenfalls sich die innere Verwandtschaft beider Anfangs viel größer dachte, wie dies der Fall war, seitdem man aus allgemeinen Begriffen, Natur der Sache u. s. w. ein deutsches Privatrecht zu construiren anfing. — Vgl. Hasse a. a. D. S. 168 fgg. S. 182 fgg. Albrecht a. a. D. S. 213.

32) S. z. B. allgemeines bürgerl. Gesetzbuch für die österr. Monarchie §. 602.

33) J. B. in der Frankfurter Reform. Th. III. Tit. 2 §. 4.
„Dieweil auch die Recht (nämlich das römische Recht)

dies nicht schon aus der Nichterwähnung der Erbverträge in manchen der romanisirenden Particular-Rechte und Statute schließen, welche besonders im südlichen Deutschland vom vierzehnten Jahrhundert an erschienen. Hier finden wir das römische Testamentrecht meistens nach den Quellen, mit wenigen Modificationen, wiedergegeben; aber man würde sich sehr irren, wenn man daraus auf einen herrschenden Gebrauch zu jenen Zeiten schließen wollte. So versichert Mr. Sassi, der an mehreren jener Rechte unmittelbar Antheil nahm: wenn gleich Leibeigne testiren dürften, so habe er doch ein solches Testament noch nie gesehen, wie denn auch beim Mittelstande in Deutschland Testamente etwas ganz un-

ausdrücklich wollen, daß die Erbschaften nicht durch Pacta und Eheverordnungen vermacht werden sollen, so wollen Wir, daß hinfüro alle solche Pacta und Eheding, darinn ein Ehegemahel dem anderen alle, oder einen benannten Theil seiner Güter erblich vermachen wolt, sollen unterlassen, und da sie gleich in die Heurathsversprechung gesetzt, doch für untüchtig und kraftlos gehalten werden.“ Wie dies übrigens gemeint ist, ergiebt sich aus dem Schluß des gedachten §. 4 so wie aus dem Inhalte des folgenden §. Hiernach soll jeder Ehegatte über sein Vermögen frei disponiren dürfen, und nur wenn er dies nicht thut, auch die Eheverordnung nicht widerruft, der Inhalt derselben durch seinen vor dem anderen Ehegatten erfolgten Tod convalesciren. (Uebri- gens kennt das Statut die Einkindschaft, Th. III. Tit. 10). — Ähnlich ist die Bestimmung des Solmschen Landr. v. 1571. Th. II. Tit. 18. §. 6. 7. Tit. 23. §. 16. Ferner Rimb. Stadtr. oder Reform. v. 1679. Th. III. Tit. 5. (PUFENDORF observ. T. IV. append. p. 707 sq.)

gewöhnliches seien³⁴⁾. Wir dürfen daher diese Statuten und Particularrechte, sofern in ihnen nur aus römischen Quellen geschöpft ist, in Ansehung der einzelnen Lehren nicht als Zeugnisse der Praxis ihrer Zeit ansehen, sondern sie haben vielmehr den Character von wissenschaftlichen Arbeiten über römisches Recht. Römisches Recht und römische Vorstellungsweise bildet durchweg die Grundlage, germanische Institute, welche sich mit den römischen nicht wohl vertragen, werden sehr in den Hintergrund gestellt, oft gar nicht erwähnt, wenn sie gleich dem practischen Rechtskreise unzweifelhaft angehörten. Namentlich ist dies der Fall mit den Erbverträgen, die meistens entweder gar nicht, oder nur bei den Ehestiftungen angeführt werden, wo sie freilich zu häufig vorkamen, als daß man dies auch bei solchen Arbeiten, die wesentlich auf fremder Quelle fußten, hätte übersehen können³⁵⁾. Für die Praxis der kommenden Zeit aber wurden sie sehr bedeutend, und in ihnen liegt wohl mit ein Hauptgrund, weshalb römisches Recht bald alle rechtlich zu beurtheilende Verhältnisse beherrschte, und insonderheit denn auch im Erbrecht die s. g. Universal-succession des Erben im römischen Sinne Regel wurde,

34) *Udalr. ZASII singular. resp. Lib. I. Cap. III. Nr. 77; „heredes ab intestato habere possunt (homines proprii), et forte ex testamento, quod tamen nunquam vidi, quando testamentorum usus apud mediae plebis Germanos insolens est.“*

35) Vgl. *Freiburger Stadtr. v. 1520. Th. III. Tit. 2. Bl. 54 b.* — In einer späteren Zeit, wo das Bestreben nach bestimmter Erkenntniß und Entwicklung der Rechtsbegriffe vorherrschend geworden war, wurden freilich die Erbverträge auch in den Gesetzbüchern nie vergessen.

so wie für Verfügungen auf den Todesfall das römische Testament und römisches Rotherbenrecht³⁹⁾.

Wenden wir uns nun zu unserem eigentlichen Thema, so ergiebt sich aus dem Vorhergehenden wohl im Allgemeinen das Resultat, daß die Frage: wie römisches

36) Daß diese einzelnen Beschränkungen und Ausnahmen als gerechnet der Fall sey, ist allgemein anerkannt. S. Mittermaier Grundsätze des deutschen Privatr. §. 382. a. E. Maurenbrecher Lehrb. §. 556 a. E. Auffallend scheint es, daß dies so spät erfolgte, da doch die Freiheit, durch einseitige Willenserklärung über seinen Nachlaß zu verfügen, Jedem willkommen seyn mußte, Testaments auch bekanntlich von der Geistlichkeit, welche dieselben als Hauptquelle ihrer Reichthümer betrachten durfte, sehr begünstigt wurden. Indessen sieht man daraus, wie tief gewurzelt in Deutschland die Ansicht war, daß man den gesetzlichen Erben ohne deren Erlaubniß ihr gesetzliches Successionsrecht nicht entziehen dürfe. Hieraus erklären sich denn auch die Privilegien, wodurch den Bewohnern einzelner Städte das Testamentrecht ertheilt wurde. S. hienüber Huinocens de testamentifactione jur. germ. passim circumscripita §. XI. Mittermaier in der Zeitschrift für geschichtl. Rechtsv. von Savigny u. Plow Bd. II. Abh. XIV. S. 351—359 (Nr. XI.). Grössinger in der Fortf. von Darg Bd. II. S. 48—75. Dergleichen erklärt sich daraus die Erschwerung der Vergabungen auf den Todesfall durch die Bedingung, noch Echte Andenker physischer Kraft (Sachsenspiegel B. I. Art. 62; Albrecht v. d. Gewere S. 202—204; Phillips über das Rechtsprüchwort: der Tote erbt den Lebendigen, in der Zeitschr. für gesch. R. W. Bd. VII. S. 7 fgg.); wor mit denn auch die Bestimmung des Eßner Statuten a. d. J. 1463. Art. 2 zusammenhängt, daß der Testirer ungehalten und ungeleitet sieben Fuß Länge gehen solle.

Kocherbenrecht sich in Deutschland practisch gestaltete, geradezu aus den früheren auf römisches Recht gegründeten Particularrechten nicht beantwortet werden kann, indem sich bei ihnen sogar solche Inconsequenzen der Lehrbücher über römisches Recht finden, welche durch die Praxis sicher nie aufkommen, wenn sie gleich wohl ein oder das andere Mal in der Praxis blind befolgt werden³⁷⁾. In dieser Hinsicht sind denn immer die durch vorkommende Fälle veranlaßten Untersuchungen und Aeusserungen der practischen Schriftsteller vorzuziehen, welche aber bereits im vorigen Bande, soweit wir dies für unseren Zweck nöthig erachten durften, benützt sind. Indessen gewähren jene Particularrechte doch auch für unseren Zweck manche Ausbeute. Erstlich zeigt sich bei einzelnen Materien eine gewisse Selbstständigkeit auch darin, daß Controversen der Romanisten berücksichtigt, und Unbestimmtheiten der zu Grunde liegenden Quelle beseitigt sind; so namentlich in Ansehung der Enterbungs-

37) Dahin gehört z. B. die gewöhnliche Bestimmung, daß ein agnations postumi rumpitres Testament allen seinen Theilen nach über den Haufen falle (z. B. Freiburger Stadtr. III. Tit. 5. Bl. 70 l. Würtemb. Landr. III. Tit. 20. §. 7. Badisches Landr. v. 1622. Th. V. Tit. 20. §. 6. Der Stadt Basel statuta v. 1719. Th. III. Tit. 15. §. 134. Codex Maximilianus Bavaricus civilis. Th. III. Tit. 3. §. 25. Nr. 3), wogegen die Präterition oder Ausschließung eines schon zur Zeit der Testamentserrichtung existirenden Suus heres nach der Regel der Nov. 115 behandelt wird. Offenbar, weil man Jenes ausdrücklich im röm. Recht also bestimmt fand, die Nov. 115 aber auf den postumus keine ausdrückliche Rücksicht nimmt. — Vgl. oben Bd. 37. §. 1425. c. §. 352 fgg. (Nr. 2.) u. unten Note 78. u. 79.

ursachen³⁸⁾, die freilich häufig auch aus der Nov. 113 buchstäblich übertragen sind³⁹⁾. Sodann ist bisweilen sehr bestimmte Rücksicht auf particularrechtliche Einrich-

38) S. z. B. das Württembergische Landr. v. 1609. Th. III. Tit. 17. §. 395. — Cod. Maxim. Bav. Th. III. Cap. 3. §. 16. Nr. 12. — Besonders eigenthümlich ist in Beziehung auf die Legitima und die Enterbung das Freiburger Stadtr. von 1520. Es unterscheidet diejenigen Kinder, denen nichts vorzuwerfen ist, nicht bloß von den undankbaren, sondern diese wieder von solchen, welche eine Enterbung verdient haben. Den ersteren darf von ihrer gesetzlichen Erbportion nichts entzogen werden, sofern nicht dem Ascendenten erst nach aufgelöster erster Ehe Vermögen erworben ist, in welchem Falle ihnen zwei Dritttheile dieses Vermögens zu hinterlassen sind. Den nur undankbaren Kindern („die sich ungebührlich betragen haben“), ist jedenfalls ein auf $\frac{1}{4}$ der sonst ihnen gebührenden Legitima bestimmter Theil zu hinterlassen, und nur wer aus den bestimmt namhaft gemachten Ursachen (welche im Wesentlichen aus dem römischen Rechte entlehnt sind) enterbt werden kann, darf ganz ausgeschlossen werden; Th. III. Tit. 3. Bl. 57. Tit. 5, Bl. 72. 73. Tit. 9. Art. 3. Bl. 82. — S. auch die Bestimmung des Pfälzer Landrechts, unter Note 73 a. E.

39) Bisweilen wird auch wohl, ohne Aufzählung der Enterbungsurachen geradezu auf römisches Recht verweisen; z. B. Solmsches Landr. Th. II. Tit. 23. Art. 15. „Ordnen — Wir, daß die Eltern, als Vatter, Mutter, Anherr und Anframe ihre eheleibliche Kinder, Töchtern und Urtöchtern (d. i. Enkel und Urenkel) in ihren Testamenten in alle Wege zu Erben benennen und einsetzen sollen, sie hätten dann genügsame Ursachen, so in den Rechten bestimmt und erklärt, warum sie solches underlassen.“ —

tungen genommen und römisches Notherbenrecht darauf hingewandt; in dieser Beziehung mag hier nur bemerkt seyn, daß hie und da Ehegatten für pflichttheilberechtigte Personen erklärt sind, deren Ausschließung oder Enterbung aber auch aus gewissen Gründen möglich ist⁴⁰). Endlich bestätigt sich aber durch diese Particularrechte, daß durch die Untersuchungen des vorigen Bandes bereits gewonnene Resultat, daß man überall auf Vereinfachung der Folgen verletzten Notherbenrechts bedacht war. Von dieser Seite betrachtet nimmt ihr Inhalt unsere Aufmerksamkeit besonders in Anspruch. Noch ergibt sich aus dem Bisherigen von selbst, daß ein Particularrecht für uns an Interesse in dem Grade gewinnt, als es in die neuere Zeit hinaufreicht. Die in die besonderen Rechte der früheren Zeit über römisches Notherbenrecht aufgenommenen Ansichten konnten allenfalls noch als Privatüberzeugung einzelner Männer betrachtet werden, auch in den Punkten, worin sie miteinander übereinstimmten, indem bekanntlich bei der Redaction derselben die bereits vorhandenen Land- und Stadtrechte stark benutzt zu werden pflegten, wie ihre oft wörtliche Uebereinstimmung beweist. Als aber römisches Notherbenrecht überhaupt in die Praxis eingedrungen war, da nahm man bei der Anwendung der Particularrechte eine sehr wesentliche Rücksicht sowohl auf die Quelle, woraus sie geschöpft waren, als auch auf die einheimischen Rechtsbegriffe, wie dies Alles die neueren Redactionen jener Gesetzbücher bezeugen. Was sich darin findet, darf also viel eher als das Resultat einer genauen Erwägung seiner Bedeutung an sich, seines Ver-

40) C. §. B. Württemberg. Pandrecht v. 1609. Th. III. Tit. 19. Badisches Landr. v. 1622. Th. V. Tit. 19.

hältnisses zur Praxis, und der über Beides verbreiteten Meinungen angesehen werden. In dieser Beziehung erregt denn vorzugsweise unsere Aufmerksamkeit der **Codex Maximilianus Bavaricus civilis** von 1756. Er hat mehr wie alle vorhandenen Gesetzbücher die Gestalt eines Lehrbuchs der Rechtswissenschaft; wir finden hier die üblichen Definitionen, Eintheilungen, ausdrückliche Erwähnung solcher Begriffe und Lehren des gemeinen Rechts, die keine Gültigkeit mehr haben, kurz alles das, was in den Lehrbüchern des gemeinen Rechts, die besonders auf den *usum modernum* Rücksicht nehmen, nicht zu fehlen pflegt, und auch in der äusseren Form des Vortrags schließt es sich diesen an. Aber es konnte dabei schon auf eine reiche Erfahrung gestützt werden, und auf eine Masse wissenschaftlicher Erörterungen, die ebenfalls belebt waren durch das Interesse, welches die Bearbeitung der Rechtsquellen in ihrer unmittelbaren Beziehung auf die Praxis gewährt. Und mit welcher Gewissenhaftigkeit man dies Alles erwogen, beweisen die Anmerkungen über den **Cod. Maximil. Bav.** von dem Verfasser desselben, dem Kanzler von Kreittmayr; in zweifelhaften Fällen ist allemal die „*communior sententia*“ vorgezogen, und die Sorgfalt, welche darauf verwandt wurde, diese zu ermitteln, ergeben die Anmerkungen auf jeder Blattseite.

Biel früher schon erschien im Norden Deutschlands ein Gesetzbuch, welches besonders im Erbrecht so sehr Vieles aus dem römischen Rechte entlehnte, Manches näher bestimmte, oder auch das früher gegoltene Recht ausdrücklich anerkannte, oder aber für nicht geltend erklärte, daß es im Ganzen für uns die Bedeutung späterer Redactionen anderer Particularrechte erhält. Es

Ist dies das neue ostfriesische Landrecht von 1515⁴¹⁾. Nur Einzelnes deutet auf die germanische Stammwurzel dieses Rechtes hin⁴²⁾. Auch erinnert nicht bloß der

41) Das Ostfriesische Landrecht, nebst dem Deich- und Eghlrechte, mit verschiedenen der ältesten Handschriften zusammengehalten und — — erläutert (Von Melch. von Wicht). Aurich 1746. 4. — Auch hier finden sich Schuldefinitionen (z. B. von Testament, Buch II. Cap. 202), und wie genau sich der Verf. an röm. Recht anschließt, beweist unter anderen die Aufzählung der Enterbungsurfachen (B. II. Cap. 44 u. 45), der Bedingungen einer gehörigen Enterbung (Cap. 47), so wie die Ausschließung der Mutter von der Erbschaft ihrer Kinder, wenn sie ihnen nicht binnen Jahresfrist Vormünder erbittet (B. II. Cap. 223). Andere Beweise werden unten vorkommen.

42) Dahin gehört namentlich der Grundsatz: alles Erbgut fällt wieder dahin, wovon es hergekommen ist (Cap. 112 fgg. u. an anderen Stellen), die Beschränkung der Veräußerung von Immobilien (z. B. Cap. 254), die Berücksichtigung voller Kraft und Gesundheit für die Gültigkeit von Testamenten und anderen Vergabungen (z. B. Cap. 173. 174. 196. 197). Merkwürdig ist hierbei die Interpretation der Bestimmung in einem früheren Landrecht: der Mann, welcher auf seinem Krankenbette liege, möge ohne der Erben Willen denen Heiligen und denen Herren nicht mehr vermachen als eine englische Mark. Dies sey von Herren und Kirchen zu verstehen; einem Weltlichen dürfe man mehr geben (Cap. 173, womit aber freilich die Verfügung in Cap. 197 nicht ganz übereinstimmt). So hatte sich denn also das Blatt gewendet, indem früher hauptsächlich zu Gunsten der Kirchen Ausnahmen von den Dispositions-Beschränkungen zugelassen wurden.

Mangel einer guten Anordnung⁴³⁾ mitunter sehr stark an die frühe Entstehungszeit, sondern es fehlt auch nicht an Unbestimmtheiten und selbst an Widersprüchen, so daß dieß Gesetzbuch für die Sachkenntniß und umsichtige Erwägung seines Urhebers keineswegs ein so vortheilhaftes Zeugniß enthält, wie der Bayerische Codex.

Von den Statuten des nördlichen Deutschlands richten wir begreiflich vorzugsweise unseren Blick auf das Sächsische Recht. Indessen zu einer Vergleichung, wie wir sie hier bezwecken, bietet es uns unmittelbar fast gar keinen Stoff; nur seiner sonstigen Wichtigkeit wegen werden wir weiter unten auf dieß Recht besonders zurückkommen. Ganz ausscheiden von dieser Vergleichung müssen wir aber diejenigen Particularrechte und Statuten, welche entweder von römischen Testamenten und Erbverträgen gar nichts wissen, wenn sie gleich in die Periode fallen, wo die Giltigkeit des römischen Rechts für Deutschland im Ganzen schon anerkannt war⁴⁴⁾, oder

43) Steilich ist die ursprüngliche Ordnung dieses Gesetzbuchs noch keineswegs mit hinreichender Gewißheit vermittelt. S. Nicht in dem Vorbericht §. 54—57. S. 196 fgg.

44) Hierher würde vor allen das alte Culmer Recht (Thorn 1584) gehören. Indessen fällt seine Redaction schon in das Jahr 1394, und außerdem liegt ihm das noch viel ältere Magdeburger Recht zu Grunde (S. Gaupp das alte Magdeburgische und Hallische Recht, Bresl. 1826. S. 122 fgg. Not. 2). Auch die Statuten von Verden (bei PUFENDORF observ. jur. univ. T. I. app. S. 77 fgg.) verrathen nicht einmal durch einen Ausdruck irgend eine Bekanntschaft mit römischem Recht. Gleich wenige Bedeutung für unseren Zweck haben aber auch diejenigen Statuten, welche zwar Testamente als einseitige letztwillige Verfügungen kennen, im Uebrigen aber von

nur ganz im Allgemeinen, mit oder ohne Beziehung auf römisches Recht, davon sprechen⁴⁵⁾. Was endlich die verglichenen Gesetzgebungen selbst anbetrifft, so war äussere Vollständigkeit dabei weder beabsichtigt, noch auch nöthig, um zu einem festen Resultat über die Frage zu gelangen: wie sich das römische Notherbenrecht in Deutschland, da wo es überhaupt anerkannt wurde, practisch gestaltete? Aus diesem Grunde durfte denn auch keine besondere Rücksicht auf die Modificationen genommen werden, welche der hier und da noch geltende Unterschied zwischen ererbtem und erworbenem Gute, so wie die über einen so grossen Theil von Deutschland verbreitete eheliche Gütergemeinschaft nothwendig herbeiführt. Es genügt zu wissen, daß sich daneben auch römisches Notherbenrecht geltend machte; das Resultat ist mithin im Ganzen immer dasselbe, alles Uebrige aber muß dem Studium der besonderen Rechte überlassen werden.

1) Pflichttheilsberechtigte Personen sind Descenden-

den altgermanischen Grundsätzen sich nicht entfernen, folglich auch von einem römischen Notherbenrechte nichts wissen. So die Cöllner Statuten von 1437 (Art. 2 fgg.), die Reformation des alten Landes v. 1517 (bei PUFENDORF T. IV. app. p. 42), das Landrecht von Hadeln v. 1581 (bei PUFENDORF P. I. app. p. 3 fgg.) Th. III. Tit. 7 fgg., das Landrecht von Hoya v. 1581 (PUFENDORF T. III. app. p. 3 fgg.) Art. 2 fgg., die Offenburger Statuten (Wald Beitrage z. d. deutschen Recht III. S. 112 fgg.), das Würster Landrecht v. 1661 (PUFENDORF T. I. app. p. 60 fgg.) Art. 15. 16 u. a. m.

45) Z. B. die Saalfeldschen Statuten von 1558. Art. 20 u. 21. (in G. F. Wald Beitrage zu dem deutschen Recht I. S. 164 fg. u. 168), die Rastburger Reformation v. 1582 (bei PUFENDORF T. IV. app. p. 234 fg.).

ten und Ascendenten⁴⁶⁾, ersteren ist bisweilen ihr Pflichttheilsrecht auch nach der Abschiebung an dem Vermögen der abtheilenden Ascendenten ausdrücklich vorbehalten⁴⁷⁾.

46) Dies ist allenthalben anerkannt. Dabei fehlen denn auch selten die vierzehn Enterbungsurachen für Descendenten und die acht für Ascendenten. Bisweilen ist dies so sehr für die Hauptsache gehalten, daß alles Uebrigg, z. B. die Wirkung der Präterition oder mangelhaften Ausschließung, unbestimmt geblieben ist. Braunschweigsches Stadtr. v. 1532 (bei PUPENDORF T. IV. p. 114 fgg. im app.) u. Baselsches Stadtr. v. 1719. Th. III. Tit. 13 fg.

47) Die Ausdrücke: abgetheilte oder abgeschiedete Kinder haben an sich etwas Unbestimmtes, und die Particularrechte erklären sich nie bestimmt über die Bedeutung dieser und ähnlicher Ausdrücke, oder sie bedienen sich ihrer auch gar nicht, was wohl am besten ist; falls es nur an einer hinreichend genauen materiellen Bestimmung über die Sache nicht fehlt. So heißt es in dem Würtemb. Landr. von 1567. Th. III. p. 289: Kinder sollen kein Pflichttheilsrecht haben, wenn sie für die väterliche und mütterliche Erbschaft, „und also zu reden auch ihr hievinn geordnete legitimam“ abgefunden sind, wogegen sie ihr Notherbenrecht behalten, wenn sie nur den ihnen gebührenden Theil von ihrem väterlichen oder mütterlichen Vermögen erhalten haben (In der Revision des Landrechts v. J. 1609 fehlt diese Disposition). Dies ist denn auch allgemeinen Rechtsgrundsätzen gemäß. (S. Mittermayer Grundf. §. 355 zu Note 11. Maurenbrecher Lehrb. §. 500. Vgl. auch unten Note 94). Es findet sich aber auch bei den Schriftstellern über deutsches Privatrecht leider sehr wenig Uebereinstimmung in Ansehung des Gebrauchs und der Bedeutung der hier einschlagenden Ausdrücke. W. s. z. B. die verschiedenen Erklärungen des Ausdrucks: einen Ausspruch thun; worunter man übrigens — nach einer von mir als

Das römische Pflichttheilsrecht der Geschwister ist dals bestimmt anerkannt ⁴⁸⁾, bald verworfen ⁴⁹⁾, bald werden

mehrfährigem Mitgliede des Waisengerichts in Rostock vielfältig gemachten Erfahrung — die Erklärung eines überlebenden Ehegatten zu verstehen pflegt, vermittelt welcher derselbe einem, oder mehreren, oder allen Kindern, statt wirklicher Theilung gewiss Sachen, Summen oder Quoten zusichert, und sich als deren Schuldner bekennt, gewöhnlich ohne daß die also Abgefundenen ihr Erbrecht an dem Vermögen des Ansprechenden verlieren. Das Sächsische Recht Art. 33. Tit. II. Lib. II. scheint zwar diesen Ausdruck auf eigentliche Absonderung zu beziehen. Doch kommt es da, wo Sächsisches Recht gilt, zunächst immer auf den Inhalt der Erklärung an, und sicherlich wird aus dem Gebrauch des Ausdrucks allein nie auf wirkliche Absonderung geschlossen werden dürfen, vielmehr gerade umgekehrt im Zweifel allemal anzunehmen seyn, daß Kinder nicht separat, sondern blos in Beziehung auf das Vermögen des vorverstorbenen parons abgefunden seyn sollen. Selbst der Ausdruck Absonderung oder abgesonderte Kinder scheint Einigen noch nicht deutlich genug, weshalb man denn auf den Unterschied zwischen separatio simplex und qualificata gekommen ist. (S. Maurenbrecher Lehrb. §. 499 u. §. 500. §. 638 u. 640). Daher giebt es leicht zu Streitigkeiten Veranlassung, wenn ein Particularrecht ohne nähere Erklärung sich so ausdrückt, wie es z. B. in dem Rostocker Stadtr. v. 1757 Th. II. Tit. 1. §. 29 geschehen ist, wo es heißt: „Denen abgesonderten Kindern stehet kein Pflichttheil zu, es wäre denn, daß keine unabgesonderte vorhanden, da ihnen sodann der Pflichttheil gebühren soll.“

⁴⁸⁾ Das Ostfriesische Landrecht (Bd. II. Cap. 148.) enthält dabei eine genauere Bestimmung über die turpis personae, „sofern der Bruder sein Gut — — — erblich

Geschwister nur mit Stillschweigen übergangen⁴⁹⁾. Welche

verläßt einem verächtigten ehrlosen Menschen, als etwa einer seiner Concubinen, gemeinen Huren, oder einem Kinde, das von Personen gezeugt ist, die sich nicht heirathen könnten, — — — oder verbannten Leuten, Spitzbuben, Ehebrechern, und die so ein schändlich Leben führen.“ — Auch giebt dies Recht drei Gründe an, aus welchen Geschwister einander enterben können, ebendas. Cap. 149. (Es sind die in Nov. 22. c. 47 pr. genannten. S. oben Bd. 37. §. 1425 d. S. 382 a. E. fgg.). Dasselbe geschieht in dem revidirten Stadtr. der freien Reichsst. Wimpfen v. J. 1775. Bd. I. Th. IV. Tit. 6. §. 4 (bei Wiltb. v. d. Rahmer die Landrechte des Ober- und Mittelrheins Bd. II. Frf. 1831. S. 1181). In dem Cod. Maximil. Bavaric. wird so genau, wie nur irgend in einem neueren Compendium seit Heises Dissertation de successorib. necessariis, zwischen eigentlichen Notherben unterschieden, „welche entweder rechtmäßig enterbt, oder wenigst in der Nothgebährniß als Erb instituit werden müssen,“ und bloßen Pflichttheilsberechtigten, wohin Brüder und Schwestern gehören; Th. III. Cap. 3. §. 14 u. §. 18 a. E. Auch hier fehlen die drei Enterbungsurachen nicht; s. darüber Kreittmayr zu dem §. 18. Nr. 11. S. 1053. — Anerkannt ist das Notherbenrecht der Geschwister auch in dem Hamburger Stadtrecht v. 1603. Th. III. Tit. 1. Art. 34, vorausgesetzt, „daß eine uneheliche Person zum Erben eingesetzt ist;“ ferner in dem Nassau-Sagenellenbogenschen Landr. v. 1616. Th. III. Cap. 4. Art. 11. (bei v. d. Rahmer Bd. I. S. 221). Bisweilen ist es ganz unbestimmt gelassen, welche Geschwister gemeint seien, bisweilen das Pflichttheilsrecht ausdrücklich auf vollbürtige Geschwister beschränkt. S. das zuletzt angeführte Landr.

49) 3. B. Nürnberger Reformation v. 1564. Tit. XXIX. Art. 8. (Bl. 184 a.) Frankf. Reform. v. 1578 Th. IV. Tit. 3. Art. 10. — Königl.ächs. Mandat v. J. 1829,

Wirkung. Letzteres habe? darüber sind denn die Juristen nicht einig. Soll die Sache nach richtigen allgemeinen Prinzipien bestimmt werden, so ist zu unterscheiden, ob das besondere Recht als rein correctorisches Gesetz, oder als ein selbstständiges erscheint. Die letztere Eigenschaft wird, wie ich glaube, dadurch auch keineswegs aufgehoben, daß die Particulargesetzgebung ihren Stoff aus dem gemeinen Rechte entlehnt, oder auch denselben Stoff wie dieses behandelt. Enthält sie nicht bloße Ergänzungen und Modificationen des gemeinen Rechts, oder Verweisungen auf dasselbe, so ist sie eben so wie dieses auszulegen und anzuwenden; das gemeine Recht kommt mithin nur noch für die Fälle zur Anwendung, wofür sich aus dem Particularrechte gar keine, oder keine bestimmten Entscheidungsnormen hernehmen lassen. Machen wir davon eine Anwendung auf den hier zur Frage stehenden Gegenstand, so müßte man sagen: findet sich in einem Particularrecht, das sich nicht als bloß correctorisches Recht ankündigt, auch wegen der unbestimmt gelassenen Punkte nicht etwa auf das gemeine Recht verweist, eine Normirung des Notherbenrechts, so ist anzunehmen, daß diese vollständig seyn solle, woraus denn von selbst folgt, daß als Notherbe nicht betrachtet werden könne, wer als solcher nicht genannt ist. Indessen ist nicht zu läugnen, daß dies mit der gewöhnlichen Ansicht über das Verhältniß der deutschen Particular-Gesetzgebung zum gemeinen Recht keineswegs übereinstimmt⁵¹⁾.

die Grundsätze der gesetzlichen Allodial-Erbfolge und mehrere Bestimmungen über einige damit in Verbindung stehende Rechtsverhältnisse enthaltend, §. 64.

50) Es ist dies der gewöhnliche Fall.

51) S. S. B. Rittermaier, Grundsätze, S. 38. Nr. 1.

Sieng man doch zu der Zeit, wo der Einfluß des römischen Rechts in Deutschland einmal überwiegend geworden war, soweit, daß man bei der Anwendung der Particularrechte diesen ganz fremde Bestimmungen des römischen Rechts als sich von selbst verstehend voraussetzte, und so Verwickelungen und Schwierigkeiten erschaß, welche bei reiner Anwendung der particulären Gesetzgebung nie eintreten konnten⁵²⁾. Daher pflegt man denn auch den im Particularrechte nicht erwähnten Geschwistern gemeinhin ein Notherbenrecht in dem Maaße zuzugestehen, wie das gemeine Recht es ihnen giebt⁵³⁾.

Auf gewisse Weise wird auch wohl den Seitenverwandten der entfernteren Grade noch ein Pflichttheilsrecht beigelegt; so nämlich, daß ihnen ein bestimmter Theil der Erbgüter hinterlassen werden muß, wenn nicht gewisse gesetzlich gebilligte Gründe eine Entziehung desselben rechtfertigen⁵⁴⁾. In ähnlicher Art verhält es

52) S. unten den Text zu Note 97 fgg.

53) S. Ludw. Friedr. Griesinger Commentar über das Württembergische Landrecht Bd. VI. S. 411 fgg. S. 96.

54) Freiburger Stadtr. von 1520 Th. III. Tit. 5. Art. 8 (Bl. 65 b.). Von Enterbung solcher Collateralen ist aber hier nicht die Rede, sondern es sind andere Gründe genannt, die eine Ausschließung derselben rechtfertigen sollen; z. B. man vergiebt die Güter an den, welchem man zur Dankbarkeit verpflichtet ist. Dagegen ist in dem Buttjadinger Landr. v. 1664 Art. 34. 35 bestimmt, daß die nächsten Erben (bis zum vierten Grade canonischer Computation incl.) durch förmliche Enterbung von den Stamm- oder Erbgütern ausgeschlossen werden müßten (bei PUFENDORF obs. jur. univ. T. IV. app. p. 609 a. C. fg.). Man sieht übrigens leicht, daß dies Notherbenrecht, so wie das gleich zu erwähnende der

sich mit dem in manchen Statuten den Ehegatten eingeräumten Pflichttheilsrecht, wobei denn bestimmte Gründe angegeben zu seyn pflegen, aus welchen dasselbe ausgeschlossen werden kann⁵⁵). Doch schadet Präterition dem Rechtsbestande des Testaments in der Regel nicht, sondern der präterirte Ehegatte fordert den ihm gebührenden Theil als Schuld von dem Erben⁵⁶). Man sieht, wie

Ehegatten, viel eher den Character einer Einschränkung des Erbrechts dieser Notherben, als der Dispositionsfreiheit des Erblassers hat.

55) Würtemb. Landr. v. 1567. Th. III. p. 263. a. E. fg. v. 1609. Th. III. Tit. 19. (Griesinger im Comment. hiezu Bd. VI. S. 458 fg. behauptet, jedoch ohne allen Grund, daß schon nach röm. Recht eine Enterbung des Ehegatten habe Statt finden können). Badisches Landr. v. 1622 u. von 1710. Th. V. Tit. 19. — Preuss. Landr. Th. II. Tit. 2. §. 631—633. — Königl. Sächs. Mandat v. J. 1829. §. 84—89. (In dem §. 86. ist bestimmt: „die Enterbung eines Ehegatten ist nur gültig, sofern sie unter ausdrücklicher Angabe der Ursache dazu, und mit Beobachtung derjenigen äußerlichen Feierlichkeiten geschieht, welche zur Errichtung eines gerichtlichen, oder eines feierlichen Privattestaments erfordert werden“).

56) Würtemb. Landr. Th. III. Tit. 16. §. 2. und dazu Griesinger a. a. O. S. 418 fg. §. 98. — In anderen Particularrechten fehlt es hierüber meistens freilich an ausdrücklicher Bestimmung; doch ergiebt sich das obige Resultat daraus, daß die Ungültigkeit eines Testaments wegen Präterition der Notherben nur bei Descendenten und Ascendenten ausgesprochen ist. In den (übrigens durchgehends sehr schlecht abgefaßten und von dürftiger Rechtskenntniß ihres Urhebers zeugenden) Frankenhäuser Statuten vom J. 1558. Th. III. Art. 8. ist dagegen bestimmt, daß ein Testament auch wegen Präterition oder unbilliger Enterbung der Ehegattin „von Unwürden“ seyn solle.

sich hier römisches und germanisches Recht mit einander vermischte; offenbar nicht zum Vortheile der Ehegatten, der doch hier wohl beabsichtigt wurde. Denn die Particularrechte stellen dies Recht als Einschränkung der regelmäßigen Freiheit zu testiren dar. Dafür könnte es auch gelten, wenn dies Erbrecht der Ehegatten durch jene Rechte erst eingeführt worden wäre; da das aber keineswegs der Fall ist, so erscheint es in der That als eine Beschränkung ihres gesetzlichen Erbrechts.

2) Was die Art anbetrifft, wie die Notherben zu berücksichtigen sind, so ist bisweilen bloß im Allgemeinen vorgeschrieben, daß sie nicht ohne Anführung von Gründen ausgeschlossen werden dürfen⁵⁷⁾, häufiger aber förmliche Einsetzung oder Enterbung der Notherben erfordert,

57) Hierbei darf denn aber wohl als Regel angenommen werden, daß die Bestimmungen des gemeinen Rechts nicht ausgeschlossen seien, indem dadurch, daß die Rechte eines gemeinkrechtlichen Notherben überhaupt anerkannt sind, für alles unbestimmt Gelassene das röm. Recht von selbst in Kraft tritt. (Ein Anderes ist, wenn das Statut ausdrücklich bestimmt, daß der Mangel einer Erbeinsetzung das Testament nicht ungültig mache, und Notherben sich nicht beschweren dürfen, wenn ihnen die legitima hinterlassen worden, wie dies bisweilen, namentlich im Hamb. Stadtr. Rh. III. Tit. 1. Art. 23. geschehen ist; noch bestimmter im Mainzer Lande von 1735. Tit. IX. §. 10. bei v. d. Nahmer Bd. II. S. 2143. Umgekehrt ist aber auch voranzusetzen, daß, wenn ein Particularrecht von förmlicher Einsetzung oder Enterbung eines Notherben spricht, ohne dies ausdrücklich auf Geschwister zu beziehen, für diese auch in formeller Hinsicht das röm. Recht zur Anwendung komme, also weder förmliche Einsetzung noch Enterbung derselben nöthig ist. Nur muß, wenn

bald ohne die einzelnen Arten derselben zu unterscheiden — in welchem Falle aber doch bloß Descendenten und Ascendenten gemeint sind — bald nur der Descendenten! Dabei findet sich denn mehr oder weniger buchstäbliches Anschließen an das römische Recht. Absichtlich davon abzuweichen, fiel hier wohl schwerlich irgend Jemandem ein; man suchte nur dessen Inhalt darzustellen, wie man ihn eben aufgefaßt hatte, oder verstand. Daher treffen wir denn fast alle möglichen Meinungen an über die Art und Weise, wie Notherben formell zu berücksichtigen sind. Es mögen hier nur folgende Einzelheiten erwähnt werden: a) Es ist förmliche Einsetzung der Notherben vorgeschrieben⁵⁸⁾; sind nur Descendenten genannt⁵⁹⁾, aber nicht

das Gesetz bestimmte Enterbungsurachen für Geschwister nennt, eine derselben angeführt und erweislich gemacht werden.

58) Dies ist sehr gewöhnlich der Fall. Beispielsweise s. m. Solmsches Landr. 1571. Th. II. Tit. 23. §. 15. (In dem Abdruck bei von der Nahrmer, Handb. I. ist die in mehreren Ausg. sich findende sehr zweckmäßige Eintheilung der Titel in §§. weggelassen); Frankf. Reform. v. 1578. Th. IV. Tit. 3. Art. 3. Rassen-Sagenellenbogensches Landr. v. 1616. Th. III. Cap. 4. Art. 7. (bei v. d. Nahrmer Bd. I. S. 220). Rineburgsche Reform. v. 1679. Th. IV. Tit. 3. (Purzen: P. IV. app. p. 218 sq.). Cod. Maximil. Bavar. Th. III. Cap. 3. §. 14. (In dem Baierschen Landr. v. 1616. Tit. XXXV. Art. 1. ist nur von nothwendiger Einsetzung der Descendenten die Rede). Wimpfner Stadtr. Th. IV. Tit. 4. §. 2. — S. auch die folg. so wie die 65te Note.

59) B. B. Würtemb. Landr. Th. III. Tit. 14. §. 1. — Vgl. mit Tit. 15. §. 1. Wie dennoch Griesinger (Commentar. Bd. VI. S. 406. §. 94.) behaupten kann, daß die

gerade ausschließend, so erfordert doch die Consequenz, dies auch auf die Ascendenten zu beziehen ⁶⁰). b) Die Art der Enterbung ist bisweilen ganz formell nach den Regeln des römischen Pandektenrechts bestimmt, — die Enterbung soll in einem gültigen Testamente, namentlich, ohne Bedingung, von der ganzen Erbschaft erfolgen u. s. w. ⁶¹), — und zwar ist auch hier wieder bald von allen Notherben die Rede ⁶²), bald bloß von Descendenten ⁶³). c) Gewöhnlich wird auch erfordert, daß der Pflichttheil selbst (die Nothgebührruß, auch wohl der natürliche Theil genannt ⁶⁴)) titulo heredis institutionis hinterlassen werde ⁶⁵); allgemein ist aber die Justinianische Vorschrift über die Ergänzung des nur unvollständig

Kinder ihre Eltern sogar zur Pflichttheile zu Erben einzusetzen müssen und dadurch sich das Würtemb. von dem gemeinen, welches diese Form nicht kenne, unterscheide, sehe ich nicht ein.

60) S. Bd. 37. S. 189 fg. und oben die Note 57.

61) Südfriessches Landr. Bd. II. Cap. 47. Cod. Maximil. Bav. Th. III. Cap. 3. §. 16. — Wimpfener Stadtr. Th. IV. Lit. 6. §. 6. Daß eine Enterbungsurkunde angeführt und erwiesen werde, ist allenthalben bestimmt; B. Hamb. Stadtr. Th. III. Lit. 1. Art. 30 u. 33. Lüneb. Stadtr. Th. IV. Lit. 3. §. 1. u. s. w.

62) S. den bairischen Coder an der so eben angef. Stelle.

63) S. das Südfriessche Landr. B. II. Cap. 47. — Ueber das gemeine Recht s. Bd. 37. S. 190 fgg.

64) Z. B. im Braunschw. Stadtr. v. 1532. (PUFENDORF P. IV. app. p. 113. a. G.)

65) S. z. B. Freiburger Stadtr. v. 1520. Th. III. Lit. 5. Bl. 70b. a. G. Nassauisches Landr. Th. III. Cap. 4. Art. 8. Pfälzisches Landr. v. 1698. Th. III. Lit. 12.

hinterlassenen Pflichttheils anerkannt.⁶⁶⁾, und auch das Recht der Verlegung des Pflichttheils durch eine dos oder donatio inofficiosa findet sich so bestimmt, wie im römischen Rechte.⁶⁷⁾

3) Eine *contra tabulas bonorum possessio* ist nirgends erwähnt, aber wohl angeführt, daß die Erbverleihende *Bonorum possessio* überhaupt abgeschafft seyn solle⁶⁸⁾. Man kann aber auch sonst folgen-

Art. 3. (bei von d. Rahmer Bd. I. S. 506). Babilisches Landr. Th. V. Tit. 14, §. 2. Cod. Max. Bay. Th. III. Cap. 3. §. 15. Nr. 6. u. a. — Nach gemeinem Recht ist, der richtigeren Ansicht zufolge, es nicht gerade erforderlich, daß der Pflichttheil *titulo heredis institutionis* hinterlassen werde. S. oben Bd. 35. §. 1421 d. u. S. 315—323. u. Bd. 37. S. 190.

66) Es ist dies in allen vorhin angeführten Landrechten und Statuten der Fall, worin eine irgend genaue Bestimmung des Notherbenrechts sich findet. Abgeschafft ist es nirgends.

67) Es kann hier die Schluss-Bemerkung der vorigen Note wiederholt werden, nur daß von *donatio* und *dos inofficiosa* nicht so häufig die Rede ist, als von der Klage auf Ergänzung des Pflichttheils.

68) Im Cod. Maximil. Bavar. Th. III. Cap. 1. §. 2. heißt es: „Soviel die sogenannte *hereditatem praetoriam* oder *bonorum possessionem* — belangt, ist solche heut zu Tage nicht mehr im Gebrauch, ausgenommen die in §. seq. 12 et 13 benannten — Fälle“; diese Fälle sind aber die nur schützenden *bonorum possessiones ventris nomine* und *ex Carboniano edicto*. Zu der Aeußerung über den Nichtgebrauch der Erbverleihenden B. P. macht Kreitmayer (Anmerk. Th. III. S. 841. Nr. 2.) folgende Bemerkung: „die Praetores — ertheilten statt der Heredität die f. g. *bon. possessionem*, welches jedoch nur ein bloßes Spiegelgefecht war. — Es hat

den Satz als Regel anerkannt betrachten: Mögen Descendenten oder Ascendenten ganz präterirt, oder nicht in der gehörigen Form ausgeschlossen seyn, oder mag die angeführte Enterbungsurache nur nicht erwiesen werden können, in allen diesen Fällen tritt die Vorschrift von Nov. 115. ein, also das Testament wird bloß hinsichtlich der Erbeneinsetzung kraftlos⁶⁹⁾. Denn wenn es auch ganz allgemein heißt: ein solches Testament solle nichtig, kraftlos oder von Unwürden seyn, so ist doch meistens entweder die Bedeutung dieses Ausdrucks näher dahin

diese prätorische Erbschaft ihren Sitz hauptsächlich in Inst. Lib. 3. Tit. 10. u. f. w., und giebt den Schul- leuten viel zu schaffen, weil sie sehr schwer zu verstehen ist.“ Was hiernächst Kreitzmayr über die Unnöthigkeit der B. P. im neueren Rechte sagt, indem die einzelnen Anwendungen derselben entweder ab- geschafft, oder in anderen Successionsgründen bereits enthalten seyn, stimmt mit meiner oben (Bd. 37. S. 356— 366. Nr. 3 u. 4.) ausgeführten Ansicht völlig überein.

- 69) Freiburger Stadtr. Th. III. Tit. 5. Bl. 70 b. a. E. Nürn- berger Reform. v. 1564. Tit. XXIX. Art. 3. (Bl. 178 b). Solmsches Landr. Th. II. Tit. 23. §. 15. a. E. Frank- furter Reformation Th. IV. Tit. 3. §. 4. Hamburger Stadtr. Th. III. Tit. 1. s. 26. Würtemb. Landr. v. 1609. Tit. 14. §. 2. Tit. 20. §. 9. (vgl. die Note 71). Badisches Landr. v. 1622. Th. V. Tit. 17. Bl. 128 b. u. v. 1710. Th. V. Tit. 17. §. 16. (vgl. Note 71). Rünebur- ger Stadtr. Th. IV. Tit. 3. (bei PUERENDORF P. IV. app. p. 719). Pfälz. Landr. v. 1698. Th. III. Tit. 14. Art. 7. (bei von der Rahmer Bd. I. S. 510. — Vgl. auch Note 71). Cod. Max. Bavar. Th. III. Tit. 3. §. 24. — Auch das Sächsische Recht stimmt hiermit überein. S. H a u b o l d Lehrb. des Königl. Sächs. Privatrechts S. 341. Nr. 3 u. 4.

erklärt: so viel die Erbensezung anbelangt, obet wenn auch jene Ausdrücke unbestimmt gelassen sind, so ergibt sich doch häufig aus andern Aeußerungen, daß nur dies gemeint sey⁷⁴⁾. Ferner deuten die Ausdrücke, die man in dem Tit. 1425. F. 11. findet, auf die Erbensezung an.

70) Man darf annehmen, daß in den meisten Particularrechten solche Ausdrücke gebraucht sind, welche auf absolute Richtigkeit schließen lassen; was aber hierunter zu verstehen sei, wird gewöhnlich unmittelbar darauf erklärt.

71) So heißt es z. B. in dem alten Würtemb. Landr. v. 1567 Th. III. S. 288: wenn Eltern ihre Kinder präteriren oder ohne rechtmäßige Ursache ausschließen würden, so solle das Testament „kein Kraft noch Bestand haben, sondern hiemit von Unwürden seyn.“ Damit stimmt denn auch eine Aeußerung in dem Titel: „wie und aus was Ursachen aufgerichte Testamente unkräftig werden“ (S. 301.) buchstäblich überein. Dagegen wird hinter der Aufzählung der Enterbungsurachen für Descendenten gesagt: wenn die Enterbungsurache nicht als wahr erfunden werde, so solle die Erbensezung wegfallen, das Uebrige aber bei Kräften bleiben (S. 296). Hierdurch ist denn die allgemeine Bestimmung in Ansehung der ohne rechtmäßige Ursachen ausgeschlossenen Kinder ganz außer Zweifel beschränkt. Ist es nun an sich schon im höchsten Grade unwahrscheinlich, daß der Gesetzgeber hier nur die theilweise Beschränkung eines vorher und nachher aufgestellten allgemeinen Satzes bezweckte, so lassen sich auch aus der Art, wie die Verfasser der besonderen Rechte ihre Quelle häufig zu benutzen pflegten, Gründe für das Gegentheil hernehmen. Der Darstellung der Enterbungsurachen liegt die Nov. 115. zu Grunde; jene allgemeinen Sätze sind aus früher gegoltenen Stellen des röm. Rechts entlehnt. Widersprüche wollte man natürlich nicht sanctioniren, wohl aber ist anzunehmen, daß man das Recht der Nov. 115. für das practische hielt. Hierauf gestützt,

brücke meistens auf Anerkennung des Nullitätsystems
 darf man gewiß davon ausgehen, daß im Zweifel
 allemal, der Nov. 115. nachgegangen werden müsse, mit-
 hin allgemeine und unbestimmte Ausdrücke darnach
 zu interpretiren seien. Daß dies aber auch die Ab-
 sicht des Württembergischen Gesetzgebers gewesen sei, er-
 hält eine sehr erhebliche Unterstützung durch die bestimm-
 tere Fassung der allgemeinen Sätze in dem älteren Landr.
 von 1609, Tit. 14. §. 2. Tit. 20. §. 9, wo ausdrücklich
 bemerkt ist, daß das Inkraftigwerden des Testaments
 bloß von der Erbeinsetzung zu verstehen sei. Auf ähn-
 liche Art ist denn auch das Babilische Landrecht Th. V.
 Tit. 14. §. 2, im Zusammenhange mit Tit. 17. §. 16. aus-
 zulegen, ferner das Pfälzische Landrecht, woselbst es
 Th. III. Tit. 12. §. 2. heißt, daß kein Testament, worin
 Kinder, ohne rechtmäßige Ursachen ganz übergegangen oder
 enterbt wären, „nach Maß und Ordnung der gemeinen
 Rechte von Inkraften, seyn sollen,“ (Tit. 14. aber, wo
 von den Enterbungsbursachen gehandelt wird, gesagt wird:
 „was außerhalb der Erbschönung und Enterbung in solchem Te-
 stament, von Legaten und andern verschafft ist, bleibt in sei-
 nen Kräften, und soll von der Erbschönung intestat geleistet
 werden.“ (S. auch unten Note 73). — Jedoch fehlt es
 auch nicht an Ausnahmen, d. h. an solchen Bestimmun-
 gen in den Particularrechten, wonach eine Verletzung
 der Notherbenrechte nicht schlechthin nach der Nov. 115.
 zu entscheiden ist. So heißt es in dem Saffriesschen
 Landr. Buch II. Cap. 58: „wenn ein Vater seinem Kinde
 nichts gegeben, sondern ohne billige Ursachen enterbt
 habe, so mag das Kind vor Gericht klagen, und sollen
 alsdann die übrigen Kinder ihr empfangenes Gut wie-
 derum einbringen und ihres Vaters Gut gleichlich theilen.“
 (Nach Cap. 49. soll, wenn die Mutter auf das Ganze
 eingesetzt ist, das Kind gegen dieselbe nur seine Legitima
 einklagen). Völlige Präterition zieht absolute Nichtigkeit
 nach sich (Cap. 45. a. E.). Nach dem Nassauischen Land-

hin⁷¹⁾); es ist aber auch wohl das Inofficiositäts-System anerkannt, namentlich durch Beschränkung der Dauer der⁷²⁾ recht ist das Testament vollständig null und nichtig, so oft das Notherbenrecht auf irgend eine Art verletzt wird; (Th. III. Tit. 4. Art. 6. und Tit. 9. Nr. 4. bei v. d. Rahn⁷³⁾er Th. I. S. 520. 530.), und nur die Beschränkung ist auch hier anerkannt, daß wegen unvollständig hinterlassener Legitima bloß eine *condictio ad supplendam legitimam* Statt finde (Tit. 4. Art. 9.). Die Novelle 115. ist hier also, außer soviel die Enterbungsurachen anbelangt, gar nicht berücksichtigt. Auch das Mainzer Landrecht läßt sowohl wegen Präterition, als auch wegen mangelhafter Enterbung und unerweislicher Enterbungsurachen Vernichtung aller Bestimmungen des Testaments eintreten (Tit. IX. §. 4. und Tit. XIII. §. 8. 9; bei v. d. Rahn⁷⁴⁾er Th. II. S. 712 u. 720), und wesentlich damit übereinstimmend ist die Wormser Reformation von 1498 Buch IV. Theil III. Tit. 3 u. 4. Das Wimpfener Stadtrecht unterscheidet ob der Notherbe gänzlich präterit, oder ohne Anführung einer gesetzlichen Enterbungsurache ausgeschlossen, oder die Enterbungsurache nicht als eine rechtmäßige, das soll heißen als wahr, erfunden wird. In den beiden ersten Fällen ist das ganze Testament *ipso jure* null und nichtig, in dem dritten Fall mit der *querela inofficiosi testamenti* angefochten werden, wobei die Ursache aber von dem eingesetzten Erben zu erweisen ist, die Durchsetzung der *Querel* aber das Testament bloß *quoad heredis institutionem* vernichtet. (Vgl. Bb. 37. S. 290.).

72) Die gewöhnlichen Ausdrücke sind: das Testament soll unkräftig, von Unwürden, machtlos, null und nichtig seyn. Auch ist wohl geradezu die Wirkung ausgedrückt; so z. B. im Lüneburger Stadtr. Th. IV. Tit. 3., wo es heißt: „denn sonst ist das Testament, so viel die Einsetzung der Erben betrifft, unkräftig, und fällt die Erbschaft an des Verstorbenen Blutsfreunde, die

Anfechtungsklage auf fünf Jahre, so wie durch die Bestimmung, daß die Klage ohne Vorbereitung auf andere Erben, als auf die Descendenten eines pflichtwidrig ausgeschlossenen Descendenten nicht übergehe⁷³⁾. Das bayerische Recht läßt nach Verschiedenheit der Fälle bald die Nullitätsquerel, bald die querela inofficiosi testa-

sch von Rechts wegen am nächsten darzu ziehen.“ (Vgl. Bd. 37. S. 274 fgg.) Die Bestimmung der Nürnberger Reformation: „so mögen die enterbte oder umgangene Kinder dasselbe Testament aufheben und wider treiben“ (Tit. XXIX. Bl. 178 b.) ist so zweideutig, wie der in der Nov. 115. vorkommende Ausdruck: testamento evacuato, oder rescisso testamento, folglich auf ähnliche Art zu interpretiren. (Bd. 37. S. 241 fgg.).

- 73) Ostfriesisches Landr. B. II. Cap. 52 — 54. — S. auch Mainzer Landr. Tit. XII. §. 15. — Das Wimpfener Stadtr. erkennt neben der Nullität auch noch die Inofficiosität an (s. die Note 71. am Schluß). Bemerkenswerth ist die Bestimmung des Pfälzischen Landrechts, welches wegen Präterition und mangelhafter Enterbung Nullität eintreten läßt, dem Sohne aber ausserdem die querela inofficiosi testamenti gestattet, wenn ihm zwar die Legitima auf gehörige Art hinterlassen, allein in dem Testamente auch eine unmehrliche Person bedacht ist; Th. III. Tit. 12. Art. 6. — Bisweilen tragen aber auch die Schriftsteller über Particularrecht ihre Ansicht in dasselbe hinein. So findet v. Adlerflycht Privatrecht der freien Stadt Frankfurt (Frankf. 1824) §. 300. S. 525. in dem Statut das Inofficiositätssystem, da es doch dasselbst heisst: es solle das Testament, so viel die Einsetzung der Erben belangt, unkräftig und nichtig seyn (Th. IV. Tit. 3. Art. 4.) Richtiger spricht hier von Ungültigkeit des Testaments J. H. Bender Lehrk. des Privatr. der freien Stadt Frankfurt. (Frankf. 1835. §. 101.).

menti eintreten⁷⁴⁾. „Fehlt eins an den obbenannten ersten sechs Requisiten (d. s. die Formalien der Enterbung), so ist das Testament quoad in- et substitutionem nichtig, und hat Querela nullitatis Platz. Mangelt es aber nur an dem siebenten Requisito allein, nämlich an dem erforderlichen Beweis der allegirten Enterbungs-Ursach, so kann das Testament, soviel das *Punctum in- et substitutionis* betrifft, per querelam inofficiosi⁷⁵⁾, inner fünf Jahren von der Zeit, da die Erbschaft angetreten ist, rescindirt werden, doch erstreckt sich diese Klage auf die Erben nicht, ausser wenn der Enterbte sich schon in Lebzeiten damit gemeldet hat, oder vor Antretung der Erbschaft gestorben ist. Seynd etwan mehr Notherben enterbt, so ist zu unterscheiden, ob sie eodem vel diverso successionis ordine succediren. Letztenfalls kann auf den Fall, wenn der Erste nicht klagt, oder mit seiner Klage durchfällt, der Zweite und sofort der Weitere in ordine queruliren, erstenfalls aber nicht⁷⁶⁾. Die quer. inoff. test. hat also nie mehr Wirkungen, wie die Nullitätsquerel⁷⁷⁾, ist aber

74) Cod. Max. Bavar. Th. III. Cap. 3. §. 16. Nr. 8. 9. §. 24. (Ähnlich aber sehr unbestimmt lautet die Vorschr. in dem Landr. v. 1616. Tit. XXXV. Art. 1).

75) S. Kreitmayer Anm. Th. V. S. 1055. Nr. 18. — „Communior et probabilior sententia ist pro querela nullitatis, ausser in dem einzigen Falle, wenn es an genugsamen Beweise der ad exheredationem erforderlichen und in testamento ausgedrückten Ursachen fehlt.“

76) Vgl. Bd. 35 dieses Comment. S. 475 fgg.

77) Was allerdings consequent ist, wenn man überhaupt nach der Nov. 115 noch eine quer. inoff. test. für De-

denselben Beschränkungen unterworfen, wie im älteren römischen Recht.

Dagegen ist für den Fall, wenn ein Testament *postumi agnatione* rumpirt wird, fast durchgängig das frühere römische Recht anerkannt ⁷⁸⁾. Nur in einem Statut finde ich das Recht der Novelle auch auf diesen Fall bezogen, nämlich in dem Lüneburger Stadtrecht von 1679, wo es heißt: „Die Leibeserben, als Kinder und Kindes-Kinder, also auch die ungeborene Frucht, so noch in der schwangern Mutter Leibe ist — — müssen nothwendig in einem jeden Testament durch die Testatoren zu Erben eingesetzt, oder wofern sie es verschuldet, mit Erklärung der Ursachen solcher Verschuldung erblos gemacht werden; denn sonst ist das Testament, soviel die Einsetzung der Erben anbetrifft, unkräftig, und fällt die Erbschaft an des Verstorbenen Blutsfreunde, die sich von Rechtswegen am nächsten dazu ziehen; doch was der Testator in solchem Testament jemand geschafft oder vermacht, das bleibt bei Kräften“ ⁷⁹⁾.

scendentes und Ascendentes zuläßt. Vgl. Bd. 37 des Comment. S. 290. 299. 303. 344.

78) Vgl. oben Note 37. — Ich habe — außer dem, was in der folgenden Note hierüber angeführt ist — keine Ausnahme hiervon gefunden, ungeachtet die meisten Particularrechte sich über diesen Fall ausdrücklich erklären. Selbst in das Lübsche Recht ist diese Bestimmung übergegangen.

79) Lh. IV. Tit. 3; (bei PUCHENDORF T. IV. app. p. 718 sq.) — Das Hamb. Stadtr. Lh. III. Tit. 1. Art. 38 nimmt die geringen Vermächtnisse, so wie die *legata ad pios usus* von der gänzlichen Zerstörung des Testaments durch po-

Ueber die Wirkung der Verlegung des den Geschwistern zustehenden Notherbenrechts finden sich selten besondere Bestimmungen. Ist es durch Particularrecht oder Praxis überhaupt anerkannt, über die Wirkung aber nichts festgesetzt, so ist diese nach dem gemeinen Rechte zu beurtheilen, mithin anzunehmen, daß den Geschwistern die *querela inoff. testamenti* und zwar mit der Wirkung des älteren Rechts zustehen⁸⁰⁾. Dies ist bisweilen auch ausdrücklich angeordnet⁸¹⁾; wo es unbestimmt geblieben ist, da herrscht hierüber Streit, doch neigt man sich mehr zu der Meinung hin, daß die Querel den Geschwistern nicht mehr gewähren könne, als den anderen Notherben das auf Nov. 115 gegründete Rechts-

stumi agnatio aus. — Bisweilen ist auch das, was im römischen Rechte über irrthümliche Präterition oder Ausschließung eines Postumus vorkommt (Bd. 35. S. 387 fgg. Bd. 37. S. 355) in den statutarischen Rechten berücksichtigt, obgleich es sich hier auf eigenthümliche Weise gestaltet hat. S. Lübsches Recht B. II. Tit. 1. Art. 6. Rost. Stadtr. Th. II. Tit. 1. Art. 11. Preuss. Landr. Th. II. Tit. 2. §. 454 fgg. (S. unten Note 25. dieses §.).

80) Vgl. Bd. 37 des Comment. §. 1425 d. S. 374 fgg.

81) Otfries. Landr. B. II. Cap. 148 a. E. („so mögen die Schwestern und Brüder alles Gut ihres Bruders mit Recht nehmen“). — Nassausches Landr. Th. III. Tit. 4. Art. 11. („Würde er aber seine Brüder im Testament übergehen, und die Erbschaft *turpibus et infamibus personis*, oder schandelosen und berücktigten Leuten zu geben sich unterstehen, so ist seinen von beiden Banden zugethanen Gebrüdern erlaubt und zugelassen, dasselbige *per querelam inofficiosi* zu vernichten und umzubringen“).

mittel⁸²⁾. Daß die Durchsetzung dieser Klage überhaupt Intestaterbfolge eröffne, mithin den Geschwisterkindern zu Statten komme, findet sich ebenfalls bisweilen ausdrücklich anerkannt⁸³⁾.

4) Die exheredatio bona mente wird nicht häufig erwähnt; geschieht dies, so wird sie gewöhnlich bestätigt⁸⁴⁾, seltner verworfen, und zwar aus dem Grunde, daß „die Elteren ihren Kindern auf andere Art vorzusehen wohl im Stand seynd, mithin dieser römischen Subtilität nicht mehr vonnöthen haben“⁸⁵⁾.

Am wenigsten ist ein materieller Einfluß des römischen Rechts im bairischen Rechte sichtbar, auch in dessen neuester Revision vom J. 1586, wenn man es nämlich rein aus sich selbst interpretirt, nicht aber nach den durch die Doctrin in das Statut später erst hinein getragenen Voraussetzungen. — Der Ausdruck Testament für einseitige und widerrufliche letztwillige Verfügung kommt

82) C. BERGER oeconomia juris ed. WINCKLER Lib. II. Tit. IV. Th. 17 in F.

83) Ostfriessches Landr. Cap. 151. — Vgl. Kreittmayr Anmerk. zum Cod. Max. Bavar. Bd. V. S. 1057 u. Bd. 35 dieses Comment. S. 424 fgg.

84) Baseler Stadtrecht Th. III. Lit. 13. S. 130. Rostoder Stadtr. Th. II. Lit. 1. s. 24. Wimpfener Stadtr. Th. IV. Lit. 6. s. 7. — Andere Particularrechte, welche diese Enterbung anerkennen, als die Hamburgische Falliten-Ordnung v. J. 1753 und das Preuß. Landr. Th. II. Lit. 2. s. 419 fgg. sind bereits oben Bd. 37. S. 446. Not. 77 angeführt.

85) Cod. Max. Bavar. Th. III. Lit. 3. s. 16 a. C. — Zu rechtfertigen sucht Kreittmayr diese Bestimmung a. a. D. S. 1053. Nr. 13.

freilich schon in den Lübschen Statuten v. J. 1240, vor, und zwar zeugt dies außer allem Zweifel für eine Einwirkung des römischen Rechts (s. oben Note 27 a). Ein Gleiches gilt von dem Lübschen Pflichttheil von acht Schillingen vier Pfennigen⁸⁶⁾, wovon übrigens zuerst die Rede ist in einem Codex aus dem Ende des fünfzehnten oder Anfang des sechzehnten Jahrhunderts⁸⁷⁾. Die Entstehung dieses Pflichttheils erklärt sich wohl am ersten so. Zu der gedachten Zeit war die Herrschaft des römischen Rechts in Deutschland so fest begründet, daß man sich ein Erbrechtssystem ohne ein Pflichttheilsrecht kaum mehr denken konnte. Also auch das Lübsche Recht mußte seinen Pflichttheil haben; indeß geschah die Anerkennung desselben nicht auf die Weise, wie anderswo, wo man römisches Notherbenrecht oft aufnahm, ohne daneben die Eigenthümlichkeiten des particularen Rechts, worauf dasselbe angewandt werden sollte, gehörig zu berücksichtigen. Für das Recht der gesetzlichen Erben, und

86) S. darüber Lübsches Recht Buch I. Litt. 9. Art. 2. B. II. Litt. 1. Art. 12. — Vgl. auch B. II. Litt. 1. Art. 8. — Später ist er auf einen Ducaten erhöht; s. Dreyer Einleit. zur Kenntniß der Lüb. Verordnung. S. 117 fgg.

87) Von den drei Codices, welche HENR. BROKES als Anhang zu seinen selectae observationes forenses mittheilt, gehören hieher der zweite (Art. III. u. CCCXLVI. bei BROKES p. 40. u. p. 77 des App.), und der dritte (Art. LXIV. und XCII, bei BROKES p. 85 u. p. 88). — S. auch J. M. ACKERMANN (Pt. C. F. WALCH) Diss. de legitima Lubecensi ad Stat. Lub. Lib. II. Tit. I. Art. XII. Jen. 1785. (in C. G. N. GESTERDINGII Analecta juris Lubecensis, Gryph. 1800. Nr. XXVI) §. 3. p. 290 sqq.

insonderheit für das der ehelichen Descendenz⁸⁸⁾ war für
 Lübsches Recht hinreichend gesorgt. Allerdings auf andere
 Weise; wie durch römisches Notherbentz; auch könnte es
 sich wohl fügen, daß der gesetzliche Erbe einmal wenigstens
 erhielt, als ihm der römische Pflichttheil gewährt. In-
 dessen in der Regel ließ sich dies gewiß nicht annehmen
 und jedenfalls gieng sein Recht weiter, wie das des rö-
 mischen Notherben, indem er von seinem gesetzlichen Rechte
 durch Enterbung nicht ausgeschlossen werden konnte; denn
 Erbgut darf ohne der Erben Erlaubniß oder die äusserste
 Noth nicht veräußert werden⁸⁹⁾. Mehr Recht aber ha-
 ben noch die Descendenten. Ihnen ist das in Güterge-
 meinschaft befindliche Vermögen ihrer Eltern versungen.
 Der Mann darf liegende Gründe und stehende Erbgüter,
 die ihm die Frau zugebracht hat, ohne ihren und der
 Kinder Willen nicht veräußern⁹⁰⁾. Ehegatten dürfen ein-
 ander nichts schenken, wenn nicht die Kinder Anwilli-
 gen⁹¹⁾, der Lebende muß nach Abzug eines unbe-
 deutenden Praecipuum mit den Kindern gerade durch
 theilen, so daß er die eine Hälfte bekommt, die andere
 auf die Kinder fällt⁹²⁾, ja auch selbst das im Stande
 des Wittthums erworbene Gut ist diesem Theilungsrecht

88) Denn „uneheliche Kinder nehmen kein Erbe.“ Lübsches
 Recht B. II. Tit. 2. Art. 9.

89) B. I. Tit. 10. Art. 2 u. 6. — Uebereben heut. Gebrauch
 v. f. Bornemann in den Rechtsfällen und Rechtsbestim-
 mungen gesammelt aus den Aften des D. A. G. zu
 Greifswald. Lußest. (Berlin 1832) S. 138 fgg. Nr. V.

90) B. I. Tit. 5. Art. 9.

91) B. I. Tit. 6. Art. 1.

92) B. II. Tit. 2. Art. 2 u. 3. Bgl. Art. 5. 8. 10. 11.

unterworfen⁹³⁾. Dem freien Dispositionsrecht des Ascendentes blieb mithin bloß der auf ihn gekommene Theil unterworfen, und auch dieser nur, soferne er keine Erbgüter enthielt. Das Statut nun, welches den Pflichttheil von 8 Schill. 4 Pf. einführte, beschränkt in sofern auch das testamentarische Verfügungsrecht der Ascendentes über den auf sie gekommenen Theil aus dem gemeinschaftlichen Vermögen⁹⁴⁾, sowie aller Erblasser in Ansehung des gewonnenen Guts. Dies Pflichttheilsrecht steht allen gesetzlichen^{94 a)} Erben zu, kann ihnen durch

93) B. II. Tit. 2. Art. 16.

94) Nur beiläufig mag bemerkt seyn, daß hier nur von solchen Kindern die Rede ist, welche ihren Antheil aus der gemeinschaftlichen Masse, oder statt dessen einen Anspruch erhalten haben, nicht von den eigentlich abgesonderten (*separati ac disjuncti*), welche überall stets Vorrang an dem Vermögen des separirenden *patrons* mehr haben, obgleich die Praxis ihnen in der reinen Intestaterbfolge nur die unabgesonderten Kinder vorzieht, also ihr näheres Intestaterbenrecht vor Ascendentes und Seitenverwandten anerkennt. Vgl. Lübsches Recht B. II. Tit. 2. Art. 33 und dazu den Commentar von Mevius; besonders Nr. 1. 60. 147. Nr. 127 fgg. Nr. 134 fgg.

94 a) Uebrigens gründet das Lübsche Recht ein Intestaterb recht nicht geradezu auf Verwandtschaft, sondern es nennt nur acht Arten von Verwandten („die ersten seynd des Menschen Kindere,“ die achten sind die Kinder von Oheimen und Tanten), und heißt es am Schluß: „Hiermit seynd beschloffen alle Erben und Erbnehmer.“ B. II. Tit. 2. Art. 1. Man streitet daher, ob nicht dennoch alle Verwandten ein Intestaterb recht haben? (was jetzt wohl allgemein angenommen wird), und ob nicht jedenfalls die besonderen Rechte der gesetzlichen Erben — das Recht

Ererbung, welche das Statut überhaupt nicht kennt, nicht entzogen werden, und die Vernachlässigung der Zuwendung des Pflichttheils begründet absolute Nullität des Testaments⁹⁵); aber auf eine größere Legitima haben auch die Descendenten kein Recht. Dafür spricht der allgemeine Ausdruck des Statuts, und überhaupt beweist die große Geringsfügigkeit der Summe, daß hierbei überall nicht ein materieller Schuß des gesetzlichen Erbrechts bezweckt wurde, sondern die ganze Neuerung eine Form war, wodurch man dem jetzt allgemein anerkannten römischen Pflichttheilsrecht zu genügen glaubte⁹⁶). Indessen hat die neuere Doctrin in das Statut die Voraussetzung hineingetragen, die römische Legitima verstehe sich von selbst, so daß mithin den Descendenten und Ascendenten ein doppeltes Pflichttheilsrecht zugeschrieben wird⁹⁷), und über die Anwendung sich im Ganzen fol-

auf die Erbglüter und auf den Pflichttheil — ausschließlich den im Art. 1 genannten Erben zustehen? S. darüber MEVIUS ad. jur. Lub. art. cit. Nr. 84. — ACKERMANN I. I. §. 8. p. 316 sq.

95) Hierüber findet auch kein Streit Statt, wohl aber darüber: ob die querela nullitatis oder inofficiosi testamenti gegen ein solches Testament anzustellen sey? ferner, ob, wenn weniger als der römische Pflichttheil hinterlassen ist, ad supplementum geklagt werden müsse, oder das Testament ungiltig sey. Vgl. MEVIUS ad art. 12. tit. 1. Lib. II. ACKERMANN I. I. §. 12. J. B. Gail. LINDENBERG comment. ad jur. Lub. Lib. II. Tit. 2 de testamentis et legatis (Goett. 1805. 4.) §. 22. p. 54 u. die das. angef. Schriftsteller; auch unten Note 99.

96) Vgl. hiermit ACKERMANN I. I. §. 5.

97) S. MEVIUS ad art. 8. Tit. 1. Lib. II. ACKERMANN a. a. D. §. 8. p. 314 a. G. LINDENBERG Diss. cit. §. 22.

gende Theorie gebildet hat: der Lübsche Pflichttheil ist allemal dem nächsten Erben und zwar von dem wohlge-
wonnenen Gut zu hinterlassen⁹⁸⁾, geschieht dies nicht,
so ist das Testament allen seinen Bestimmungen nach
ungiltig⁹⁹⁾. Außerdem gebührt dem römischen Nother-
ben eine Legitima, deren Größe und sonstige Voraus-
setzungen nach den Regeln des römischen Rechts zu be-
stimmen sind. Ob und inwiefern bei Berechnung dersel-
ben auch Erbgüter zu berücksichtigen sind? ist streitig¹⁰⁰⁾.
Nach der consequenteren Meinung müssen aus dem Ver-

p. 321 a. E. — Die große Anomalie, welche in diesem
doppelten Pflichttheilsrechte liegt, fühlte man freilich
wohl; daher der Streit: ob der Lübsche Pflichttheil
überhaupt auf Descendenten und Ascendenten gehe? eine
Frage, welche übrigens wegen des allgemeinen gesetz-
lichen Ausdrucks mit Recht zu bejahen ist. S. ACKER-
MANN l. l. p. 314 u. LINDENBERG p. 52.

98) Ob *titulo hereditis institutionis* oder nicht? ist ebenfalls
streitig; ACHERBMANNS l. l. §. 14. LINDENBERG in der
angef. Diss. S. 22. p. 53 sq.

99) S. die Note 95) angef. Schriftsteller, besonders aber
Börnermanns Rechtsfälle und Rechtsbestimmungen, ge-
sammelt aus den Acten des D. N. G. zu Greifswald.
Heft I. (Berl. 1832) Nr. VIII. S. 94 fgg. — Inconse-
quent ist es, hier von einer *querela inofficiosa* zu spre-
chen, wie von MANTZEL *jus Mecklenb. et Lub. il-*
lustr. Cent. III. jud. 65 geschieht.

100) Vgl. Joach. Luc. Stein Abhandlung des Lübschen
Rechts Th. II. S. 151. Note 7. LINDENBERG Diss. cit.
S. 20. — Mit Recht bemerkt dieser, daß die Schriftsteller
in diese wichtige Frage so selten eingehen; doch fehlt es
seiner Erörterung ebenfalls an Tiefe; übrigens trägt er
die richtige Ansicht vor p. 47 fg.

mögen, wovon die Legitima zu berechnen ist, alle diejenigen Güter vorabgezogen werden, auf welche die Pflichttheilsberechtigten ein Recht haben, das ihnen durch Testament überall nicht entzogen werden darf, folglich in Beziehung auf das Pflichttheilsrecht der Descendenten nicht nur die Erbgüter, sondern auch der Theil, welcher ihnen von dem gemeinschaftlichen Vermögen gebührte; daher darf denn z. B. der Vater seine Kinder nur von dem ihm gebührenden und seinem freien Verfügungsrecht unter Lebenden unterworfenen Antheil durch Enterbung ausschließen¹⁾. Ist den römischen Notherben nur der Läßsche Pflichttheil hinterlassen, so können sie jedenfalls, was an dem gemeinrechtlichen Pflichttheile fehlt, mit der *condictio ad supplendam legitimam* nachfordern. Ob sie ein Impugnativmittel gegen das Testament haben, ist bestritten; immer aber gesteht man ihnen in dieser Beziehung nur das Recht zu, welches die Ron. 115 den überangenen oder ungiltig ausgeschlossenen Notherben giebt²⁾.

Es soll nun noch eine ganz kurze Darstellung des durch die Gesetzgebung der beiden größten Staaten Deutschlands bestimmten Notherbenrechts, indessen meistens nur mit Rücksicht auf die Hauptquellen selbst, erfolgen.

Das Preussische Landrecht³⁾ kennt drei Arten Pflicht-

1) Vgl. auch über die Befugniß des einen Ehegatten, den anderen durch eine letztwillige Verfügung von der *portio statutaria* auszuschließen, Bornemann a. a. D. Nr. IX. S. 114 fgg.

2) S. LINDANBERG in der angef. Diss. p. 54 fgg.

3) Einzelne Streitfragen, die Anfechtung einer den Pflichttheil verkürzenden Schenkung nach dem Preuss. Rechte betreffend, sind schon oben Bd. 36. S. 96 n. besonders Glücks Erläut. d. Pand. 38. Th.

theilsberechtigter Personen: eheliche Descendenten ¹⁾, Ascendenten ²⁾ und Ehegatten ³⁾. Den Geschwistern ist alles Pflichttheilsrecht abgesprochen ⁴⁾. Erbeinsetzung der Zwangserben ist nicht erforderlich; sondern durch jegliche Zuwendung des Pflichttheils auf den Todesfall gelten sie für abgefunden ⁵⁾. Alle letztwillige Verfügungen, wodurch den Notherben ihr Pflichttheil genommen, geschmälert oder belastet werden soll, müssen bei Strafe der Nichtigkeit in einem förmlichen Testament erfolgen, und selbst eine privilegierte Disposition unter Kindern ist dazu nicht hinreichend ⁶⁾. Nach dem Ausdruck des Ge-

§. 122 fgg. erörtert. — Im Allgemeinen ist hierbei noch zu vergleichen: G. F. Gärtner das Notherbenrecht in seiner Bedeutung und nach seinen Folgen im allgemeinen Landrechte; in A. H. Simon und H. L. v. Strampff Zeitschr. für wissenschaftliche Bearbeitung des Preuss. Rechts. Bd. II. H. 2. Nr. XX. S. 392 fgg.

4) Allgemeines Landr. für die Preuss. Staaten Th. II. Tit. 2. §. 391 — 418. — Ebendas. §. 655. Auch die aus einer Ehe zur linken Hand erzeugten Kinder haben kein Pflichttheilsrecht. Ebendas. §. 585.

5) Th. II. Tit. 2. §. 501 — 514.

6) Th. II. Tit. 1. §. 631 — 633.

7) Th. II. Tit. 3. §. 33. — Vgl. hierüber Gärtner a. a. D. S. 405. 413.

8) Th. II. Tit. 2. §. 396. — Ueber die Art, wie der Pflichttheil zu hinterlassen ist, so wie über die Wirkung der in dieser Beziehung mangelhaften Anordnung, finden sich ausdrückliche Vorschriften nur für Descendenten. Doch ist bestimmt, daß diese Vorschriften auch für die anderen Notherben gelten sollen. Th. II. Tit. 1. §. 633 und Tit. 2. §. 516.

9) Th. II. Tit. 2. §. 431.

De lib. et partum hered. instit. vel exher. §§

sehen findet bei Vernachlässigung dieser Vorschrift, also nicht die (gleich näher zu bestimmende) Klage auf den Pflichttheil, sondern eine von selbst eintretende Nichtig-keit der ganzen Verfügung Statt, so daß mithin die rein gesetzliche Erbfolge eintritt¹⁰⁾. Ist dieser Form ge-
wogen, so kommt nichts darauf an, ob der Rotherbe pro-
terirt¹¹⁾ oder enterbt ist, ob im letzteren Falle eine Ent-
eubungsursache angeführt ist und gerechtfertigt werden
kann, oder nicht: der Rotherbe fordert in allen diesen
Fällen nur seinen Pflichttheil von dem eingesetzten Er-
ben; und dasselbe findet auch Statt, wenn ihm zwar et-
was, aber weniger als sein Pflichttheil beträgt, zuge-

10) Gärtnier a. a. D. erklärt sich darüber nichts; (da er
nicht den §. 431, soviel ich bemerkt habe, nicht einmal
an. Und doch mußten ihn gerade einige der von ihm
aufgestellten Principien zu der Untersuchung veranlassen:
ob die Redactoren des Preussischen Rechts durch die
Aufnahme dieser Bestimmung Consequenz bewiesen ha-
ben? Er tadelt es, daß noch im römisch-justinianischem
Recht ein so großes Gewicht auf Formen gelegt sey,
und findet es angemessen, daß der Preussische Gesetzge-
ber auf die Idee zu realisiren gesucht habe: der Roth-
erbe hat bloß ein Recht auf seinen Pflichttheil, wenn
der Erblasser ihm nicht mehr zuwenden will; wie dieser
seinen entgegenstehenden Willen ausgesprochen hat ist
völlig gleichgültig. Daß man von jener Idee anging,
ist allerdings außer Zweifel (m. s. Klein's f. g. Ma-
terialien, oder: Entwurf des Preussischen Landrechts II.
1. Num. zu §. 322); indessen ist damit die Fassung des
gedachten §. 431 schwer zu vereinigen.

11) S. die Marginalrubrik zu Th. II. Tit. 2. §. 432 fgg.; und
§. 442 daselbst, wo es heißt: „Eben das gilt, wenn ein
Kind oder Enkel in der letzten Willensordnung ganz mit
Stillschweigen übergangen worden.“

wandt wurde¹²⁾. Name und Character der Klage sind in dem Gesetze nicht näher bestimmt. Sie eine Pflichttheilsklage zu nennen¹³⁾, dagegen ist an sich nichts einzuwenden; nur darf man hieraus für die rechtliche Natur der Klage selbst nichts folgern wollen. Nach dem Gesetze wird dadurch das Testament theilweise angefochten und umgestoßen¹⁴⁾; auch ist der römische Grundsatz: *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest* im Preussischen Rechte aufgehoben¹⁵⁾. Aber es scheint mir, man dürfe davon noch nicht die Pflichttheilsklage als *hereditatis petitio partialis* und den Notherben, welcher die Klage durchsetzt, als

12) Th. II. Tit. 2. §. 432 fgg. — Als Grund wird in der Vorlesung angeführt: Inm. zu dem Entwurf §. 392 angegeben: „Daraus, daß Eltern ihren Kindern das Pflichttheil nicht sollen entziehen können, folgt offenbar nur soviel, daß, wenn sie solches dennoch thun, die Disposition, so weit sie gesetzwidrig ist, ungültig sey, und also den verfürzten Kindern zu dem, was ihnen das Gesetz anweist, verholffen werden müsse. Nicht aber, folgt daraus eine Nichtigkeit der Verordnung, soweit sie dem Gesetze nicht zuwider ist. Noch weniger läßt, es sich aus der Natur der Sache herleiten, daß um deswillen, weil in der Person des Erben eine Veränderung vorgefallen, die im Testamente enthaltenen Vermächtnisse u. s. w. unkräftig werden müßten.“

13) S. Gärtner a. a. D. §. 422 fgg. Es ist auch

14) Th. II. Tit. 2. §. 438 („Wenn der Enterbte das Testament einmal ausdrücklich anerkannt hat, so kann er dasselbe in der Folge nicht mehr anfechten“), und §. 436 („In allen anderen, die Enterbung nicht betreffenden Fällen bleibt die letztwillige Verfügung bei Kräften“).

15) Th. I. Tit. 12. §. 45.

wahnen Miterben betrachten¹⁶⁾. Der Pflichttheil ist eine gesetzliche Schuld¹⁷⁾; und diese Eigenschaft hat ihm das Preussische Recht ganz ungemischt erhalten, da der Notherbe nicht, wie nach römischem Rechte, den eingefetzten Erben verdrängt und sich an seine Stelle setzt, sondern von denselben die ihm gebührende Quote aus dem Nachlasse fordert¹⁸⁾. Dagegen beweist auch die Aufhebung

16) So Gärtner a. a. O. S. 424 fgg. Indessen ist ihm nicht entgangen, wie wenig sich diese Annahme mit anderen Voraussetzungen des Preussischen Rechts verträgt; er sucht dieselbe also auf folgende Art zu erklären: an sich habe der Pflichttheilsberechtigte nur ein Forderungsrecht gegen den Testamentserben, durch das obliegende Urtheil erwerbe er aber die Rechte eines wirklichen Erben, und nun nehme sein Anspruch die Natur eines dinglichen Rechts an (S. 437 fgg.). Es würde hiernach also auch derjenige eine hereditatis petitio anstellen dürfen, welcher entschieden zur Zeit der erhobenen Klage noch kein Erbrecht hatte! Gärtner meint zwar, daß es sich eben so mit der *querela inofficiosi testamenti* verhalten habe. Allein gerade hier zeigt sich die Verschiedenheit des römischen und des Preussischen Gesichtspuncts. Die Querel ist eine *hereditatis petitio* (Bd. 85 des Comment. S. 344 fgg.); aber so ist es nicht, weil der Notherbe eine Forderung gegen den Testamentserben hat, sondern weil er selbst als Erbe auftritt und jenen verdrängen will. Steht das also fest, daß der Notherbe von vorne an nur eine Forderung gegen den eingefetzten Erben hat, so kann seine Klage auch keine *hereditatis petitio* seyn.

17) Arg. L. 26. §. 2. C. de inoff. test. (III. 28) Nov. 1.

18) Pr. S. 23, 24 nach dem Entwurf des Preussischen Erbgesetzes.

19) A. M. L. 233 (— „Aus dem Nache dem Rinde sein Pflichttheil aus der Erbschaft verabsolgt werden“);

der Regel: *nemo pro parte testatus u. s. w.* nichts, da diese so ausgesprochen ist: daß der Erblasser nur über einen Theil seines Nachlasses verfügen, und es in Ansehung des Ueberrestes bei der gesetzlichen Erbfolge lassen könne (S. Note 15). Hier entscheidet vielmehr eine andere Regel, wonach die gesetzliche Erbfolge nicht eintritt, wenn der Testator sich einen Universalerben ernannt hat¹⁹⁾. Dies aber ist der Fall, wenn der Testator den Notherben präterirt, oder ihn nicht auf den Pflichttheil oder einen Theil desselben als Erben einsetzt, und da überdies derjenige, welcher die Pflichttheilsklage durchsetzt, nirgends Erbe genannt, vielmehr dem Erben entgegengesetzt wird, so ist es gewiß consequenter, zu sagen: er fordere von diesem den Pflichttheil als Schuld. Näher einzugehen in diese und andere Fragen — z. B. ob die Pflichttheilsklage zu dem Nachlasse des Notherben gehört, und ob sie im Falle eines Verzichts auf den Nachlassberechtigten übergehe²⁰⁾ — kann für den größten Theil der Leser dieses Commentars von keinem Interesse seyn. Allerdings bilden römische Rechtsbegriffe, wie sie eben zur Zeit der Entstehung des Preussischen Landrechts gangbar waren, hier wie allenthalben die Grundlage dieses Gesetzbuchs, so viele Mühe man sich auch gab, es als ein durchaus selbstständiges Werk erscheinen zu lassen²¹⁾.

S. 435 (der Erbe soll das zur Ungebühr enterbte Kind abfinden) u. s. w.

19) A. I. Tit. 2. §. 367.

20) S. Gärtner a. a. O. S. 446 fgg.

21) Ähnlich wie die Gerichtsordnung in ihrem Verhältnisse zu dem bisherigen gemeinrechtlichen Prozeß. S. meinen Entwurf des gemeinrechtl. und Preuss. Lit. Prozeßes. **Herr. S. 111 f.**

Und selbst da, wo die Verfasser sich geistlich vom römischen Rechte entfernten, wie dies im Notherbenrecht ganz offenbar geschehen ist, stimmt eine Vergleichung mit demselben in mehr als einer Hinsicht das juristische Interesse in Anspruch, auch in unmittelbar practischer Beziehung, wofür man sich gerade auf die eben erwähnten Controversen berufen kann, indem hierbei allenthalben die römischen Begriffe von der *querela inofficiosi testamenti*, deren Transmissio, der Succession in dieselbe, so wie die Anwendbarkeit dieser Begriffe zur Sprache kommen ²²⁾. Indessen gehören Untersuchungen hierüber doch zunächst immer einem ganz anderen Zwecke an, als der ist, wodurch wir überhaupt zu einer Vergleichung des römischen Notherbenrechts mit den deutschen Particularrechten bestimmt wurden. Für diesen Zweck genügen diejenigen Resultate, welche auch ein Hinblick auf die Preussische Gesetzgebung bestätigt: Erstlich, daß man sich mit der complicirten Correctionstheorie ²³⁾ in Deutschland nicht zu befreunden vermogte, sondern in der Anwendung sich das Recht der Novelle 115 so einfach wie möglich gestaltete. Zweitens, daß man sich aber dennoch von gewissen Doctrinalbegriffen des römischen Rechts unwillkürlich beherrschen ließ, weshalb den unter dem Einfluß der fremden Rechte entstandenen Gesetzbüchern das belebende Element des römischen Rechts zur Zeit der classischen Juristen fehlt, — der durchgängige Zusammenhang der Begriffe, — sie mithin schon gleich bei ihrem Entstehen den Keim zu endlosen Streitigkeiten in sich tragen. Daß die Redactoren der Preussischen Ge-

22) Gärtner S. 445 fgg.

23) S. Bd. 37 des Commentars, S. 308.

gesetzgebung auch im Notherbenrechte dem römischen Rechte mehr Einfluß gestatteten, als sich mit der Consequenz verträgt, wurde vorhin (Note 10) schon bemerkt. Hierher darf man denn auch wohl die Bestimmung rechnen, daß durch Annahme eines Menschen an Kindesstatt das früher errichtete Testament des Adoptivvaters seine Kraft verliere²⁴⁾. Denn soll in Ansehung des Vermögens, das nach Abzug der Legitima übrig bleibt, lediglich der im Testamente erklärte Wille des Erblassers entscheidend seyn, so ist doch wahrlich nicht abzusehen, wie hierin das Hinzukommen eines Pflichttheilsberechtigten etwas ändern kann²⁵⁾.

Noch einfacher erscheint das Notherbenrecht nach den Vorschriften des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuchs für

24) R. II. Tit. 2. §. 456.

25) Aus gleichem Grunde kann es nicht für consequent gehalten werden, wenn es §. 430 heißt: „Ist der aus Irrthum Uebergängene nach errichtetem Testamente zurückgekehrt, oder sonst dem Erblasser das Daseyn oder Leben desselben erweislich bekannt geworden, und hat der Erblasser nach diesem Zeitpunkte ein Jahr verstreichen lassen, ohne in Ansehung seiner etwas zu verfügen, so verliert das Testament seine Kraft.“ Denn je länger er bei seinem einmal erklärten letzten Willen beharrt, desto bestimmter legt er dadurch an den Tag, daß er es dabei bewenden lassen wolle. — Ich erwähne dies hier, weil ich der Meinung bin, daß die besondern Bestimmungen des römischen Rechts über eine durch Irrthum veranlasste Präterition oder Ausschließung wenigstens die Veranlassung geworden sind, auch im Preuss. Landrechte hierüber etwas Eigenthümliches festzusetzen; eine Uebereinstimmung mit dem röm. Recht findet sich dabei freilich nicht. (S. oben die Note 79).

die gesammten Erbländer der Oesterreichischen Monarchie²⁶⁾. Notherbenrechte haben nur Descendenten und Ascendenten²⁷⁾. Einsetzung der Notherben ist nicht erforderlich²⁸⁾, aber auch keine förmliche Ausschließung, ja nicht einmal die Anführung einer Enterbungsurfache, wenn gleich eine solche, und was dieser gleich steht²⁹⁾, vorhanden seyn muß³⁰⁾. Ist nur eine letzte Willensordnung vorhanden³¹⁾, so hat der Notherbe, auch wenn er ganz präterirt ist, selbst auf den Pflichttheil keinen Anspruch, sobald nur der Testamentserbe das Vorhandenseyn eines gesetzlichen Ausschließungsgrundes nachweist³²⁾. Läßt sich ein solcher nicht darthun, so kann der Notherbe doch immer nur den Pflichttheilbetrag fordern, er mag ausdrücklich enterbt, oder gänzlich übergangen seyn³³⁾,

26) Es gehören hieher Th. II. Hauptst. VIII. §. 540 fgg. Hauptst. XIII. §. 729 und das ganze Hauptst. XIV.

27) Hauptst. XIV. §. 762 u. §. 796.

28) Ebendas. §. 774.

29) Hauptst. VIII. §. 540 — 542.

30) Hauptst. XIV. §. 768 — 770.

31) Hauptst. XIII. §. 729.

32) Hauptst. XIV. §. 782. „Wenn der Erbe beweisen kann, daß ein mit Stillschweigen übergangener Notherbe sich einer der — Enterbungsurfachen schuldig gemacht hat, so wird die Uebergangung als eine stillschweigende rechtliche Enterbung angesehen.“ Dadurch unterscheidet sich denn das Oesterr. Recht wesentlich von dem Preussischen, nach welchem die Nichtanführung eines Enterbungsgrundes jedenfalls ein Recht des Notherben auf den Pflichttheil begründet. Th. II. Tit. 2. §. 441. 442.

33) Hauptst. XIV. §. 775. 776.

es wäre denn die Uebergehung eines Descendenten bloß durch Irrthum veranlaßt³⁴⁾; Ascendenten haben auch in diesem Falle nur ein Recht auf den Pflichttheil³⁵⁾.

Es bleibt uns jetzt noch etwas über das Verhältniß der Erbverträge zum Notherbentrecht zu sagen übrig³⁶⁾.

34) Das Oesterr. Recht (Hauptst. XIV. §. 777. 778) unterscheidet: ob neben dem irrthümlich übergangenen Notherben noch andere vorkommen, welche eingesetzt sind, oder ob er der einzige ist. Im ersten Fall soll er den Erbtheil bekommen, welchen der am mindesten begünstigte Notherbe erhält (Aehnlich ist die Bestimmung des Preuß. Landr. Th. II. Tit. 2. §. 444; nur daß hier die Verfügung überhaupt auf Testamentserben bezogen wird). Im letzteren Falle fällt das Testament, mit Ausnahme gewisser Vermächtnisse, ganz über den Haufen. Dies muß denn auch wohl für den Fall gelten, wenn der Testator alle seine Notherben übergeht, weil er ihre Existenz nicht kannte.

35) Hauptst. XIV. §. 781.

36) Ex professo behandelt diesen Gegenstand *Jo. Henr. Mayer* Diss. inaug. *An et quatenus principia juris Romani de successione necessaria etiam ad pacta successoria applicari possint?* Goett. 1805. 4. Indessen fehlt es den einzelnen, wenn gleich größtentheils richtigen Sätzen; an tieferer Begründung, und auf re-munitative Erbverträge hat der Verf. überall keine Rücksicht genommen. — Nur beiläufig berührt unseren Gegenstand *C. W. Patz* *comm. successione universali per pactum promissa an et quatenus promittenti facultas de bonis inter vivos disponendi adempta sit* (Goett. 1801. 4.). §. 12. p. 23. Not. 37, und ebenso *J. T. B. Lind* Diss. inaug. *exhibens observationes quasdam de successione germanica imprimis pactitia* (Bonn. 1820. 4.). §. 9. p. 19 sq. Nr. 6. — Unge- mein zu beklagen ist, daß in dem sehr ausführlichen

Wir setzen dabei natürlich voraus, daß Erbverträge gesetzlich anerkannt sind, daneben aber ein Notherben- und Pflichttheilsrecht nach der Grundregel des röm. Rechts bestehe, wie dieses auch in den einzelnen Particularrechten modificirt sein möge. Hiernächst wollen wir nun folgende Fälle unterscheiden:

L. Es hat Jemand einen acquisitiven Erbvertrag über sein gesamtes Vermögen geschlossen, ohne dabei irgend eine Rücksicht auf seine Notherben zu nehmen.

Hiernach versteht sich ganz von selbst, daß nicht bloß vertragmäßige Singularsuccession (z. B. *mortis causa donatio*) gemeint sey, und eben so, daß nicht mit den Notherben selbst contrahirt werde (wenigstens nicht mit allen). — Daß Notherbenrechte auch durch Erbverträge nicht willkürlich verletzt werden können, darf wohl kaum bezweifelt werden³⁷⁾, und so kann man allerdings

Aufsatz von Haffe über Erbvertrag u. s. w. (Rhein. Mus. II. S. 149 fgg.) auch ganz und gar nichts über das Notherbenverhältniß vorkommt, so nahe der Verf. auch bisweilen daran streift, und so selten er sonst eine Gelegenheit vorbeigehen läßt, über einen interessanten Stoff seine Meinung zu entwickeln. — Die bereits angeführte Schrift von Beseler die Lehre von den Erbverträgen. Erster Theil (Gött. 1835) erregt zur Zeit nur die Hoffnung, daß der Verf. in der Fortf. auch den hier berührten Fragen seine Aufmerksamkeit widmen werde. Die mit so wissenschaftlichem Ernst begonnene Schrift wird uns sicher auch über das geltende Recht wichtige Aufschlüsse liefern, und in dieser Erwartung darf ich mich hier wohl auf Weniges beschränken. Daß die Lehrbücher des deutschen Privatrechts sich so gut wie gar nicht auf die Sache einlassen, ist schwerlich zu rechtfertigen.

37) Kreittmayr a. a. O. Max. Rarod. Bd. V. S. 1290 fg.

sagen: daß Erbverträge wegen Präterition eines Noth-
erben nicht gelten, und durch Agnation eines suus heres
rumpirt werden³⁸⁾, wobei wir aber noch ganz absehen
müssen von den besonderen Wirkungen, welche die Ungil-
tigkeit oder die Ruption erzeugen: kann; denn hierüber
streitet man eben. Es fragt sich nämlich: welche Rechts-
mittel hier dem Notherben zu Gebote stehen? indem da-
von alles Uebrige abhängt. — Man könnte nun viel-
leicht die Sache aus dem Gesichtspuncte der donatio
inofficiosa betrachten³⁹⁾. Wäre dies möglich, so würde
dem Notherben immer nur eine Revocationsklage bis auf
die Höhe seines Pflichttheils gegen den Vertragserben
zustehen⁴⁰⁾. Indessen ist diese Ansicht nicht zu rechtfer-

Rr. 6. 7. PARTZ Diss. cit. p. 23. MAXER Diss. cit.

§. 8. p. 12 sq. Vgl. Bd. 25 des Comment. S. 373.

38) PUFENDORF observat. jur. univ. obs. 173. — Damit
darf aber die Frage nicht verwechselt werden: ob der
Erbvertrag wegen nachgeborener Kinder von selbst weg-
falle, oder wohl gar der Erblasser selber ihn aufrufen
könne? Entschiede hier die Analogie der querela inoff.
donationis, so würde man dem Erblasser allerdings ei-
nen beschränkten Widerruf gestatten dürfen (S. meine
doctr. Pand. Vol. III. §. 774. Rr. I. a. E. u. Bd. 36
dieses Commentars S. 56 fgg.). Indessen ist es wohl
richtiger, diese Frage im Ganzen zu verneinen (Eich-
horn Einleit. in das deutsche Privatr. §. 345). Die
deutsche Rechtsparämie: Kinder (oder Kinderzeugen)
bricht Ehe Stiftung erkennt aber freilich die Rechte
der Kinder an. S. unten III. Note 52.

39) LINDE oba. cit. §. 9. Rr. 6. — Auch MAXER Diss. cit.
§. 17. Rr. 1. führt diese Ansicht an, jedoch ohne sie zu
billigen.

40) Bd. 36 des Comment. S. 97 fgg. Rr. IV. 11197 (76)

tigen. Die Befugniß der Notherden, pflichtwidrige Schenkungen zu rescindiren, ist ein besonderes Recht, da es das regelmäßig einem Jedem zustehende Recht einschneidet, sein Vermögen durch Verfügungen unter Lebenden, willkürlich zu vermindern, weshalb es denn auch an besondere Bedingungen geknüpft ist, und namentlich Dolus oder doch offenbar lieblose Gesinnung des Schenkgebers voraussetzt⁴¹⁾. Nun ist es ausgemacht, daß für die Frage: ob das Recht eines Notherden durch Erbvertrag verletzt worden sey oder nicht? Dolus und Lieblosigkeit des Erblassers gar nicht in Betracht kommen, — es ist ferner nicht zu bezweifeln, daß Erbverträge nicht nur Verfügungen auf den Todesfall sind⁴²⁾, sondern auch daß sie, im activen Sinne ganz gewiß, eine Universal-Succession begründen⁴³⁾. Wie man daher über die rechtliche Natur der Erbverträge, und namentlich über die Frage: ob sie im Wesentlichen, d. h. abgesehen von der verschiedenen Form und von ihrer regelmäßigen Unwiderruflichkeit, die Natur von Testamenten haben⁴⁴⁾?

41) Bd. 36. S. 74 fgg. Nr. III.

42) G. Haffs über Erbvertrag u. s. w. Cap. IV. §. 4. im Rhein. Mus. Bd. II. S. 199 — 218 (besonders das S. 217).

43) Mittermaier Grundsätze §. 403. Nr. 1. Eichhorn Einleitung §. 344 zu Anfang und am Schlusse. Maurerbrecher Lehrb. §. 562. Nr. 1. — F. NIEFER Diss. Inaug. de successione pactitia, imprimis de transmissione juris succedendi ex pacto (Gott. 1833. 8). Cap. I. §. 4. p. 18. — Vgl. auch oben Note 7. S. 5 und die der nächsten folgende Note 45. Ferner Bd. 35. S. 83.

44) Von jeher sind hierüber die Meinungen sehr getheilt gewesen. Wink. RAETZ in der angef. Diss. §. 9. p. 16. MAYER I. I. §. 8. p. 13. Beide verneinen die Frage;

sagen: daß Erbverträge wegen Präterition eines Noth-
erben nicht gelten, und durch Agnation eines *suus heres*
rumpirt werden³⁸⁾, wobei wir aber noch ganz absehen
müssen von den besonderen Wirkungen, welche die Ungilt-
tigkeit oder die Ruption erzeugen: kann; denn hierüber
streitet man eben. Es fragt sich nämlich: welche Rechts-
mittel hier dem Notherben zu Gebote stehen? indem da-
von alles Uebrige abhängt. — Man könnte nun viel-
leicht die Sache aus dem Gesichtspuncte der *donatio*
inofficiosa betrachten³⁹⁾. Wäre dies möglich, so würde
dem Notherben immer nur eine Revocationsklage bis auf
die Höhe seines Pflichttheils gegen den Vertragserben
zustehen⁴⁰⁾. Indessen ist diese Ansicht nicht zu rechtfer-

Rr. 6. 7. PARTZ Diss. cit. p. 23. MAXER Diss. cit.
S. 8. p. 12 sq. Vgl. Bd. 25 des Comment. S. 373.

38) PUFENDORF observat. jur. univ. obs. 173. — Damit
darf aber die Frage nicht verwechselt werden: ob der
Erbvertrag wegen nachgeborener Kinder von selbst weg-
falle, oder wohl gar der Erblasser selber ihn aufrufen
könne? Entschiede hier die Analogie der *querela inoff.*
donationis, so würde man dem Erblasser allerdings ei-
nen beschränkten Widerruf gestatten dürfen (S. meine
doctr. Pand. Vol. III. §. 774. Rr. I. a. C. u. Bd. 36
dieses Commentars S. 56 fgg.). Indessen ist es wohl
richtiger, diese Frage im Ganzen zu verneinen (Eich-
horn Einleit. in das deutsche Privatr. S. 345). Die
deutsche Rechtsparämie: Kinder (oder Kinderzeugen)
bricht Ehe Stiftung erkennt aber freilich die Rechte
der Kinder an. S. unten III. Note 52.

39) LINDE obs. cit. S. 9. Rr. 6. — Auch MAXER Diss. cit.
S. 17. Rr. 1. führt diese Ansicht an, jedoch ohne sie zu
billigen.

40) Bd. 36 des Comment. S. 97 fgg. Rr. IV 2119? (76)

tigen. Die Befugniß der Notherben, pflichtwidrige Schenkungen zu rescindiren, ist ein besonderes Recht, da es das regelmäßig einem Jeden zustehende Recht einschneidet, sein Vermögen durch Verfügungen unter Lebenden, willkürlich zu vermindern, weshalb es, denn auch an besondere Bedingungen geknüpft ist, und namentlich Dolus oder doch offenbar lieblose Gesinnung des Schenkgebers voraussetzt ⁴¹⁾. Nun ist es ausgemacht, daß für die Frage: ob das Recht eines Notherben durch Erbvertrag verlehrt worden sey oder nicht? Dolus und Lieblosigkeit des Erblassers gar nicht in Betracht kommen, — es ist ferner nicht zu bezweifeln, daß Erbverträge nicht nur Verfügungen auf den Todesfall sind ⁴²⁾, sondern auch daß sie, im activen Sinne ganz gewiß, eine Universal-Succession begründen ⁴³⁾. Wie man daher über die rechtliche Natur der Erbverträge, und namentlich über die Frage: ob sie im Wesentlichen, d. h. abgesehen von der verschiedenen Form und von ihrer regelmäßigen Unwiderruflichkeit, die Natur von Testamenten haben ⁴⁴⁾?

41) Bd. 36. S. 74 fgg. Nr. III.

42) S. Haße über Erbvertrag u. s. w. Cap. I. §. 4. im Rhein. Mus. Bd. II. S. 199 — 218 (besonders das S. 217).

43) Mittermaier Grundsätze §. 403. Nr. 1. Eichhorn Einleitung §. 344 zu Anfang und am Schlusse. Maurerbrecher Lehrb. §. 562. Nr. 1. — P. NIEPER Diss. Inaug. de successione pactitia, imprimis de transmissione juris succedendi ex pacto (Gott. 1833. 8). Cap. I. §. 4. p. 18. — Vgl. auch oben Note 7. S. 5 und die der nächsten folgende Note 45. Ferner Bd. 35. S. 83.

44) Bon. iher sind hierüber die Meinungen sehr getheilt. S. u. besond. Wink. RAETZ in der angef. Diss. §. 9. p. 16. MAYER I. I. §. 8. p. 13. Beide verneinen die Frage;

auch Denselben mag, — re. genügt; daß nach dem Erbvertrage die gesetzliche Erbfolge ausgeschlossen wird, mit dem Nothherben das Recht zugestehen, welches ihm gebührt, wenn er durch ein Testament verlehrt ist⁴⁵⁾.

Wogegen bejaht sie unter den Neueren vorzüglich O. S. ZACHARIAS in dem Lib. Quaestion. Qu. XVII. p. 128 sqq. Offenbar geht dieser Schriftsteller in der Anwendung seines Prinzips zu weit (wenn er z. B. §. 3. dem Erblasser gestattet, auch noch nach geschlossenem Erbvertrage durch Vermächtnisse über Theile und einzelne Gegenstände seines Nachlasses zu verfügen). Doch kommt hierauf, so wie auf die bekannte Controverse der Germanisten: ob der Testamentserbe auch mit seinem eignen Vermögen für die Schulden haften müsse? bei unserer Frage überall nichts an.

45) Diesen Grund macht auch der scharfsinnige PAETZ geltend, in der angef. Diss. p. 23. — Durch eine mortis causa donatio, selbst wenn sie auf das gesammte Vermögen gerichtet seyn sollte, wird die Intestaterbfolge nicht ausgeschlossen, indem eine solche Schenkung als codicill. Jus ab intestato zu behandeln ist (s. meine doctr. Pand. Vol. III. §. 763. Note 7. W. MÜLLER über die Natur der Schenkung auf den Todesfall. (Gießen 1827) §. 45. (Vgl. auch PAETZ l. I. §. 8. p. 14 sq. u. MAYER Diss. cit. §. 47. Nr. 2 p. 21). Ich führe dies nur an, um zu zeigen, daß die Wirkung einer Verletzung des Nothherbenrechts durch Erbverträge nicht nach dem Recht der Schenkungen zu bestimmen ist; wogegen es gewiß sehr natürlich ist, einer vollständigen Ausschließung der Intestaterbfolge mag sie durch Vertrag oder Testament erfolgen, in Ansehung der Nothherbenrechte stets die nämliche Wirkung beizulegen. Dies hindert natürlich nicht, auch hier solche Sätze von den Schenkungen anzuwenden, welche an sich unabhängig sind von den Begriffen der Universal- oder Singular-Succession. S. auch den Text zu Note 63. 64.

Was fordert nun der durch einen Erbvertrag verlegte Notherbe, und mit welcher Fügung fördert er es? Zunächst ist natürlich darauf zu sehen, ob sich hierüber besondere Bestimmungen in den Particularrechten finden. Eine solche treffen wir nämlich in dem Bayerischen Rechte an, wonach der Notherbe nur seinen Pflichttheil fordern darf⁴⁵⁾, bei dessen Bestimmung aber natürlich nicht die Zeit des geschlossenen Vertrags, wie bei der *inofficiosa donatio*⁴⁷⁾ in Betracht kommt, sondern die Todeszeit des Erblassers, indem nach dieser es sich entscheidet, was der Vertragserbe erhält. Das Preussische Landrecht schreibt vor, daß Erbverträge aus den nämlichen Gründen entkräftet werden, wie Testamente⁴⁸⁾, und so versteht es sich denn von selbst, daß auch der durch Erbverträge verlegte Notherbe nichts mehr als die legitime fordern kann (S. oben S. 51). Nach gemeinrechtlichen Prinzipien ist aber sein Recht hierauf nicht zu beschränken, wie gleichwohl von den Germanisten gewöhnlich geschieht⁴⁹⁾. Als einen Grund für diese Beschränkung pflegt man wohl

46) Cod. Max. Bavar. Th. III. Cap. 11. §. 1. Nr. 6. 7. u. 13. („Mögen dergleichen Pacta — um die ganze Erbschaft — gemacht werden, jedoch — *salvo jure legitima*. — Per agnationem sui heredis aut supervenientiam liberorum werden dergleichen Gebing niemals entkräftet, sondern bleiben nichts destoweniger, *salva tamen legitima*, bei Kraft“).

47) Bd. 36. S. 117 fgg.

48) Th. I. Tit. 12. §. 647.

49) Eichhorn Einleitung S. 343. Nr. II. a. E. Maurenbrecher Lehrb. S. 562. Nr. 1. — Mittermaier Grundf. §. 403. Nr. IX. äußert sich hierüber unbestimmt.

anzuführen: daß die Bestimmungen des römischen Rechts über die Art, wie den Notherben der Pflichttheil im Testamente hinterlassen werden muß, und die Folgen der Präterition in diesem auf Erbverträge nicht anwendbar seyen⁵⁰⁾. Indessen dieser Grund (abgesehen davon, daß er eine wahre *petitio principii* enthält) beweist offenbar zuviel. Das ganze Pflichttheilsrecht — die Beschränkung des Notherben auf den Pflichttheil, so wie die Ausschließung von demselben — hängt im römischen Rechte so genau mit testamentarischen Dispositionen zusammen, daß, wenn einmal eine Beschränkung des Notherbenerbtheils darum eintreten soll, weil die Bestimmungen des röm. Rechts über Berücksichtigung der Notherben im Testamente auf deutsche Erbverträge überhaupt nicht anwendbar sind, man consequenterweise den Notherben alles Pflichttheilsrecht für die Fälle absprechen muß, wo kein Testament, sondern ein Erbvertrag in der Mitte liegt. Man hat sich hierbei wohl unwillkürlich leiten lassen durch das Recht der *querela inofficiosae donationis*, wenn man auch davon nicht spricht^{50a)}. Nun ist oben (§. 61) dargethan; daß diese Analogie hier überall nicht paßt. Indessen auch dies ganz bei Seite gesetzt, so wird doch gewiß zugegeben werden müssen, daß das Bestehen eines Pflichttheilsrechts neben Erbverträgen keineswegs als etwas Anomales betrachtet werden darf, wie das Recht zur *querela inoff. donationis*⁵¹⁾, m. a. W. daß, wenn dies Recht auch gar nicht existirte, wir den-

• 50) Eichhorn a. a. D. — LINDE obs. cit. §. 9. Nr. 6.

50a) Ausdrücklich wird die Analogie der *inofficiosa donatio* hier angenommen von Linde a. a. D.

• 51) Band 36 des Commentars §. 78.

nach einem durch Erbverträge verletzten Notherben das Pflichttheilsrecht zugestehen würden. Dies aber vorausgesetzt, müssen wir das Recht eines solchen Notherben ganz unabhängig von den Grundsätzen der *inofficiosa donatio* zu bestimmen suchen. Das leitende Prinzip dafür haben wir denn auch bereits gefunden: Wenn der Erblasser die gesetzliche Erbfolge ausschließt, ohne das Recht seiner Notherben auf gehörige Art zu berücksichtigen, gleichviel ob durch Testament oder durch Erbvertrag, so ist das Recht der Notherben immer auf gleiche Weise verletzt, folglich können auch die Wirkungen keine verschiedenen seyn. — Aber, fragt man, wie ist es möglich, das Recht des Notherben in einem Erbvertrage gehörig zu berücksichtigen, ihn auf den Pflichttheil einzusehen, zu enterben u. s. w.? — Wie man diese Frage auch beantworten möge, so kann dies doch in der Sache selbst nichts ändern. Es ist hier die Rede von einer Pflicht des Erblassers und von einem Recht der Notherben. Jener zu genügen ist Sache des Erblassers; ist es nicht geschehen, so zeigt sich das Recht des Erben immer wirksam⁵²⁾. Diese Wirkungen aber bestehen darin, daß es zur Intestaterbfolge kommt. Ob man dabei das Corrections- oder das reine Derogations-System zu Grunde legt, — die Klage für eine Inofficiositäts- oder für eine Nullitäts-Klage hält, ist im Wesentlichen gleichgiltig. Dagegen darf denn auch nicht eingewandt werden, daß es unpassend sey, die wegen ungiltiger und mangelhafter Testamente gegebenen Rechtsmittel auf Erbverträge anzuwenden. Von dem, was die Neueren hier Rechts- und Impugnativ-Mittel zu nennen pflegen, kennt

52) BEYERDORF obs. jur. univ. T. II. obs. 173. T. III. obs. 23. MAYER I. §. 16. 17.

Glücks Erläut. d. Pand. 38. Th.

das römische Recht nur die *querela inofficiosi testamenti* und die *contra tabulas bonorum possessio*. Die *Querela nullitatis juris antiqui und novi* ist eine Erfindung der neueren Juristen, und bekanntlich ist in der Nov. 113 von Rechtsmitteln gar nicht die Rede. Es wird hier nur bestimmt, worauf der verletzte Notherbe einen Anspruch habe, nicht aber wie er ihn geltend mache, mithin darf man gewiß nicht sagen, daß die Anwendung des Gesetzes auf Erbverträge durch Eigenthümlichkeiten testamentarischer Impugnatio-Mittel ausgeschlossen werde. Selbst der Anwendbarkeit der *querela inofficiosi testamenti* läßt sich nichts von Belang entgegen⁵³⁾ setzen; wie sie ja auch schon im römischen Rechte auf pflichtwidrige Schenkungen angewandt wurde; das Besondere dabei lag nur darin, daß man auch das Recht zu Verfügungen unter Lebenden durch das Notherbenrecht beschränkte, woraus es sich denn eben erklärt, daß man hier das Recht des Notherben nicht über den Pflichttheilbetrag hinausgehen ließ. Darum darf man denn aber freilich noch nicht von verschiedenen Wirkungen der Präterition, der unformlichen und der bloß unbilligen Ausschließung sprechen, auch wenn man dem Corrections-

53) Es soll damit keineswegs gesagt seyn, daß (selbst unter vorausgesetzter Richtigkeit des Corrections-Systems) Descendenten und Ascendenten diese Klage gegen Vertragserben haben könnten; wo aber zur Begründung derselben nur erfordert wird, daß der Notherbe auf unbillige Weise, gleichviel in welcher Form, ausgeschlossen sey, wie bei Geschwistern (die besondere Bedingung des Vorzugs einer *turpis persona* kommt hier nicht in Betracht), da steht einer analogen Zulassung der Querel gewiß nichts im Wege.

De lib. et postum. hered. instit. vel exher. 67

System zugethan ist⁵⁴⁾. Denn dies setzt offenbar die Möglichkeit einer directen Ausschließung des Notherben in Erbverträgen mit dritten Personen voraus; daß diese aber nicht möglich sey, soll weiter unten (Nr. II. D.) dargethan werden. Wir brauchen uns indessen hierbei um so weniger zu verweilen, als die Unrichtigkeit des Corrections-Systems oben (Bd. 37. S. 336—349) ausführlich erwiesen ist. Darnach aber fallen jene Verschiedenheiten ohnehin weg; eine Präterition hat keine andern Wirkungen, als eine unförmliche oder unbillige Enterbung. Nun bestimmt zwar die Nov. 115, das Testament solle nur quoad heredis institutionem zerstört werden; es scheint folglich, daß man bei der Anwendung dieses Rechts auf Erbverträge das Notherbenrecht über die Gränze ausdehnen müsse, die ihm durch die neueste Gesetzgebung Justinians bestimmt ist. Allein die Novelle sagt ja keineswegs: es solle das Testament nie ganz wegfällen, sondern sie verfügt die Nullität desselben, nur mit der Modification, daß der an die Stelle des Testamentserben tretende Notherbe die Vermächtnisse, Freiheitsertheilungen und Vormundschafternennungen respectiren müsse; sind daher in dem Testament keine Vermächtnisse angeordnet, so erhält der Notherbe Alles. Bei Erbverträgen wird dies nun allerdings wohl als Regel angenommen werden dürfen. Indessen ist eine buchstäbliche Anwendung des Prinzips, daß nur die durch des Erblassers Willen angeordnete Universalsuccession wegfalle, die Verfügungen über Singularsuccession aber bei Kräften bleiben, auch bei Erbverträgen nicht ausgeschlossen. Zwar darf man nicht, wie von Einigen ge-

54) Dies ist die Ansicht von PUFENDORF obs. T. II. obs. 173 und von MAYER DISS. cit. S. 18.

schießt⁵⁵⁾, die Regel aufstellen: daß Vermächtnisse auch in Erbverträgen angeordnet werden dürfen. Denn Regel ist es auch heut zu Tage, daß dritten nicht mit pacisirenden Personen durch Verträge kein Recht erworben werden kann⁵⁶⁾. Allerdings giebt es hievon Modi-

55) Mittermaier Grundsätze des deutschen Privatrechts. §. 403. Nr. XI.

56) Sehr bestimmt ist diese Regel auch im Preussischen Rechte anerkannt, nach welchem ein Dritter aus einem zwischen Anderen abgeschlossenen Verträge nur ein Recht erhalten kann, wenn er selbst mit Bewilligung der Hauptparteien dem Verträge beigetreten ist (Allg. Landr. Th. I. Tit. 5. §. 75 — 77. — Vgl. auch Eichhorn Einleit. in das d. Privatr. §. 343. Nr. IV). — Als Ausnahmen hievon sieht man wohl an die f. g. restitutiven Erbverträge *pacta successoria devolutiva*, d. i. das Versprechen, die Erbschaft des Mitpaciscenten einem Dritten zu restituiren, und die durch Erbverträge begründeten Familien-Fideicommissse (Eichhorn a. a. O. Maurenbrecher. Lehrb. §. 564). Indessen bei den letzteren sind es ja nicht eigentlich dritte Personen im juristischen Sinne, sondern die Erben der Paciscenten, welche aus dem Verträge ein Recht erlangen; aus dem nämlichen Grunde könnte man auch die Erbverbrüderungen, überhaupt alle Erbeintigungen als Ausnahmen von der Regel betrachten, daß Rechte Dritter durch einen Vertrag nicht bestimmt werden dürfen. Die f. g. devolutiven oder restitutiven Erbverträge aber gehören wohl in die Reihe der willkürlich erfundenen Doctrinalbegriffe, denen eine selbstständige Realität überall nicht zukommt. Sam. Stryk, welcher hier als Hauptschriftsteller genannt werden muß, nennt als solche Fideicommissse, Erbverzichte, *donationes sub modo* und einiges Andere, was mit eigentlichen Erbverträgen in gar keiner Verbindung steht, als die *pacta de restituenda*

stitutionen, und die heutige Praxis geht hierin noch weiter, wie die römische, indem sie nicht nur gestattet, einen Vertrag geradezu auf die Person eines Dritten zu stellen, sondern auch ohne eine Cession von Seiten des Promissarius dem Dritten, zu dessen Besten der Vertrag geschlossen wurde, eine Klage gegen den Promittenten giebt⁵⁷⁾. Immer aber setzt dies ein obligatorisches Verhältniß zwischen dem Geschäftsführer und dem Dritten voraus, in Folge dessen dieser möglicherweise wider seinen auf Abtretung des erworbenen Forderungsrechts klagen könnte⁵⁸⁾. Dies obligatorische Verhältniß kann freilich auch ohne ein eigentliches Mandat durch freiwillige

dote, de restituenda hereditate tertii u. a. (Tract. de succ. ab intestato Diss. VIII. u. IX.). Auf ähnliche Weise stellt v. Partsch (das Erbrecht nach röm. u. heut. Rechten. Leipz. 1827) S. 33. Nr. 3 sehr verschiedene Begriffe unter dem Namen der restitutiven Erbverträge zusammen. Auch die neueren Germanisten sind keineswegs über den Begriff der restitutiven Erbverträge einig, indem der Eine sie den Fideicommissen entgegensetzt (Eichhorn a. a. O.), der Andere sie für eine Art der Fideicommissen erklärt (Hasse über Erbvertrag u. s. w. im Rhein. Mus. Bd. II. S. 153 fg. Nr. 4. Maurenbrecher Lehrb. S. 564). Letzteres ist auch wohl richtig; nur stehen diese Fideicommissen unter den allgemeinen Gesetzen, welche für die Errichtung der Fideicommissen gelten. Sofern dergleichen Auslagen überhaupt in Erbverträgen erfolgen können, bestehen sie zu Recht; wo nicht, so sind sie in der für einseitige letztwillige Verfügungen vorgeschriebenen Form zu errichten.

57) Meine doctrina Pandectarum Vol. I. §. 131 a. O. Nr. 1.

58) S. meine Cession der Forderungsrechte S. 37. Nr. I.

lig übernommene Geschäftsführung begründet werden; auch kann jedes für einen Dritten eingegangene Geschäft durch hinterher erfolgende Genehmigung wirklich sein Geschäft werden⁵⁹⁾. Doch muß der Geschäftsführer glauben, daß er in den Angelegenheiten des Dritten, d. h. in Beziehung auf ein für denselben bereits begründetes Rechtsverhältniß handle (Note 59); selbst aber wenn man hiervon absehen wollte, würde sich aus diesem Grunde die rechtliche Möglichkeit, durch Erbverträge dritten Personen etwas zuzuwenden, schwerlich vertheidigen lassen. Denn wer ist in diesem Falle eigentlich als der Geschäftsführer des Dritten zu betrachten? Ist es der Erblasser, weil der Vertragserbe ihm ein Versprechen zum Besten der dritten Person leistet, oder ist es der Vertragserbe selbst, weil in der ihm geschehenen Zusage auch das Beste des Dritten mit berücksichtigt wird? In beiden Fällen fehlt die rechtliche Möglichkeit, ein *ex negotiorum gestione* erworbenes Klagrecht geltend zu machen; es ist zur Zeit der Entstehung des Forderungsrechts entweder kein Subject da, durch welches es vermittelt, oder keines, gegen welches es verfolgt werden könnte.

Nichts destoweniger ist es möglich, auch in Erbverträgen solche Anordnungen zu treffen, welche im Wesentlichen die Wirkung von Vermächtnissen haben, — ob widerruflich oder unwiderruflich, ist dabei gleichgiltig. Außer den Fällen, wo dies durch Particulargesetze also bestimmt ist⁶⁰⁾, gehören noch folgende hieher: a) wenn

59) L. 6. §. 9sq. D. de negot. gest. III. 5.

60) Im Preussischen Landrecht Th. II. Tit. 12. §. 646. ist angeordnet, daß dergleichen Auflagen die Kraft einseitiger letztwilliger Verfügungen haben sollen. — Uebrigens

britte Personen als Singularsuccessoren an dem Erbvertrage Theil genommen haben, indem es keinem Zweifel unterliegt, daß Mehrere in Beziehung auf dasselbe Vermögen in der Art wirksam pacisciren können, daß der Erwerb des Hauptobjectes sich Anderen zu gewissen Stationen verpflichtet. — b) Wenn der Erbvertrag eine Form hat, in welcher auch letztwillige Verfügungen errichtet werden können, — z. B. wenn er gerichtlich, oder vor fünf Zeugen geschlossen ist. — Dagegen ließe sich nun allenfalls wohl einwenden, daß nach der Absicht der Paciscenten das Geschäft doch ein Vertrag seyn sollte, sobald man daher von der Regel ausgehe: Vermächtnisse dürfen nur in einseitigen letztwilligen Verfügungen angeordnet werden, nicht die Form, sondern das Wesen des Geschäfts die Gültigkeit oder Ungültigkeit solcher Anordnungen bestimmen müsse. Indessen ein Widerspruch liegt sicher nicht darin, daß der Erbe dem Erblasser die Erfüllung gewisser ihm zum Besten Dritter gemachter Auflagen zusichert, und so gut dies vom Testamentserben geschehen kann, eben so gut muß es auch vom Vertragserben geschehen können. Nur insofern das Gesetz solche Auflagen nicht ohne eine bestimmte Form gelten lassen

haben Erbverträge nach dem Preussischen Rechte ohnehin die Rechtsform mit den Testamenten gemein; Th. II. Tit. 12. §. 621. Vgl. Heinr. Gottfr. Geyert Grundzüge der Lehre von den Vermächtnissen nach dem allgemeinen Preuß. Landrechte mit Rücksicht auf die röm. Gesetzgebung. Erfk. a. d. D. 1829. 8. §. 17. S. 98.). Auch fällt hier das Interesse weg, welches die gegenwärtige Untersuchung auf dem Gebiete des gemeinen Rechts hat, weil der Notherbe den Vertragserben nicht verdrängt, sondern nur den Pflichttheil von ihm erhält.

will, muß diese beobachtet seyn; ist sie es, so kann es nicht in Betracht kommen, daß diese Form zugleich auch für ein anderes Geschäft benutzt wurde, zumal für ein solches, das mit jenen Auflagen in der genauesten Verbindung steht. Ueberdies soll ja die liberale Absicht eines Erblassers stets zur Ausführung gebracht werden, sofern nicht bestimmte Rechtsgründe im Wege stehen⁶¹⁾; an der ersteren ist hier aber gewiß nicht zu zweifeln, und eben so wenig ein Hinderniß der letzteren Art vorhanden. Von selbst versteht es sich übrigens, daß diese Auflagen für Dritte immer nur die Bedeutung einseitiger letztwilliger Verfügungen haben können, mithin der Erblasser sie widerrufen darf; geschieht dies nicht, so macht der Dritte sein Recht in ähnlicher Art geltend, wie wenn einem testamentarischen oder gesetzlichen Erben zu seinem Besten Vermächtnisse auferlegt wären⁶²⁾. — v) Allein auch

61) L. 24. (25.) D. de reb. dab. XXXIV. 5. S. auch die folg. Note.

62) Ähnlichkeit mit dem Gegenstande unserer Untersuchung hat der von Scävola (L. 37. §. 3. D. de leg. III.) entschiedene Fall: Ein Vater schenkt sein gesamtes Vermögen seinem emancipirten Sohne „non mortis causa“ (also an sich unwiderruflich), behält sich jedoch das Verfügungsrecht über die einzelnen Objecte vor. Später erläßt er einige fideicommissarische Auflagen an den Sohn, und es entsteht die Frage, ob diese erfüllt werden müssen, da der Sohn das väterliche Vermögen doch nicht als eigentlicher Erbe (nämlich im römischen Sinne) besitze. („Quaesitum est, quum filius patris nos bonorum possessionem acceperit, nec ei heres exstiterit, an ex epistola fideicommissa et libertatem praestare debeat?“) Wenn nun gleich die bejahende Antwort zunächst darauf gegründet wird: es könne ja auch der

ohne diesen Umweg worden: in vielen Fällen die einem Testamentserben zum Besten Dritter gemachten Auflagen rechtliche Wirksamkeit haben: — Erverträge können auch *titula onerosa* eingegangen werden: ⁶³⁾ namentlich können *strenuè* selten in der Art vor, daß der Vertragserbe die Alimentation des künftigen Erblassers übernimmt. Wenn indessen der Erblasser ohne alles *Requivalent* durch Ervertrag über sein Vermögen verfügt, so ist der Erverbsgrund für den Vertragserben ein *lucrative*, also dem Wesen nach eine Schenkung; es haben mithin auch alle rechtlichen Bestimmungen über Schenkungen hier zur Anwendung kommen; wobei lediglich ihr Charakter als *lucrative* Erverbsgrund in Betracht kommt, also das, was jede Schenkung mit Erverträgen der gedachten Art gemein hat. Hiernach steht nun ein solcher Ervertrag unter den Grundsätzen einer *donatio sub modo*, wobei der *modus* auf (vollständige oder theilweise) Restitution des Erhaltenen an einen Dritten gerichtet ist. Nach dem früheren Recht hatte Derjenige, zu dessen Vortheil der *modus* gereichte, nur alsdann eine

Schuldner des Erblassers mit einem *fideicommiss* belastet werden (vgl. L. 77. in f. D. de leg. I.), so genügt doch hier das Resultat, daß schon nach röm. Rechte Jemand, welcher das Vermögen des Erblassers weder als Testaments- noch als gesetzlicher Erbe erhalten hat, *fideicommissarisch* beschwert werden durfte. Freilich darf dies jetzt nicht so buchstäblich angewandt werden, wie es im Pandektenrecht ausgesprochen ist, sondern es ist die Gültigkeit solcher Auflagen regelmäßig durch die Anwendung der erst im neueren Rechte eingeführten Codizillarform bedingt.

63) S. Haffse über Ervertrag u. f. w. a. a. D. S. 213 fg. Nr. 13.

Klage auf Erfüllung, wenn er dem Verträge beigetreten war; kaiserliche Rescripte billigten aber die Ansicht, wozu er ohne Weiteres, also bloß durch die Liberalitäts-Handlung des Schenkers, ein Klagerecht erhalte⁶⁴⁾.

So gut wie der Vertragserbe selbst mündt also in diesen Fällen auch der an seine Stelle tretende Nocherbe die Vermächtnisse anerkennen und erfüllen müssen. Er ist aber auch verpflichtet, wenn der Erbvertrag titulo oneroso eingegangen ist, den Vertragserben schadlos zu halten, oder falls noch nichts wirklich geleistet ist, von seiner Verbindlichkeit zu liberiren. Denn da der Erbe geworden ist, muß er auch die Verbindlichkeiten des Erblassers erfüllen, natürlich nur, insofern sich dies mit dem Rechtsgrunde verträgt, wodurch die Erbschaft an ihn gekommen ist; denn wollte man ihn unbedingt zur Aus-
 führung der Handlungen des Erblassers verpflichten, so

64) Schenkung konnte die Zuwendung eines Vermögens durch Vererbung schon darum nicht genannt werden, weil nach röm. Recht die Begründung einer Universalsuccession vermittlest einer Schenkung überhaupt nicht möglich ist; auch kann ja möglicherweise eine Universalsuccession nicht lucrativ, ja wohl gar mit Nachtheilen für den Erben verknüpft seyn. (Hasse a. a. O. S. 211 fgg. Nr. 11—13. J. M. L. von Meyerfeld die Lehre von den Schenkungen nach röm. Recht. Erster Band, Marb. 1835. §. 8. Nr. 1. 2. S. 67 fgg.). Dennoch wird die Vererbung (wie auch sehr natürlich ist) regelmäßig als lucrativer Erwerbsgrund angesehen und in Ansehung der rechtlichen Folgen als solcher behandelt. (M. f. z. B. L. 9. §. 5. D. de jur. et facti ignorantia. XXII. 6. und dazu meine Abhandl. im Archiv für civilist. Praxis Bd. II. XXXV. S. 392 fgg. Nr. 2.; ferner L. 6. pr. u. §. 2. D. quae in fraudem creditor. XLII. 8.).

würde er ja den Nachlaß selbst wieder an den Vertragserben restituiren müssen⁶⁵).

Uebrigens versteht es sich von selbst, daß die zur Begründung des Rothervenrechts erforderlichen besonderen Bedingungen hier ebenfalls vorhanden seyn müssen; damit also Geschwister den Vertragserben verdrängen können, muß dieser zu der Klasse der *turpes personae*, in dem bekannten Sinne, gehören⁶⁶).

II. Ein zweiter Gegenstand unserer Aufmerksamkeit ist die Frage: inwieferne eine Ausschließung der Rothervenrechte durch Verträge möglich sei?

A) Die einfachste Art dies zu bewirken ist ein Vertrag mit dem Rotherven selber, was man im Allgemeinen einen renunciativen Erbvertrag oder Erbverzicht⁶⁷)

65) Daß der Erbe das obligatorische Verhältniß anerkennen mußte, ohne gleichwohl an die seine Rechte betreffende Verfügung des Erblassers gebunden zu seyn, ist ja auch im röm. Recht nichts Unerhörtes. M. f. L. 31. C. de evict. VIII. 45. — Vgl. auch L. 41. D. de pign. act. XIII. 7.

66) MEYER diss. cit. §. 10. p. 14.

67) Mit Recht bemerkt H a s s e a. a. O. S. 151, daß dieser Ausdruck mehr umfaßt, als man darunter gewöhnlich zu verstehen pflegt, indem ein Verzicht auf einen Erbsanspruch sich ohne alle Mitwirkung des Erblassers denken lasse. Er schlägt dafür den Ausdruck Enterbungsvertrag vor, wogegen sich indessen wohl nicht bloß, wie er meint, der römische Sprachgebrauch sträuben möchte. Uebrigens kommt das Wort enterben in dem Ostriessischen Landrechte von 1515 auch für gesetzliche Ausschließung vor. S. die Ueberschrift vom Cap. 222. Buch II.: „Wo de Moeder dorch Versümenisse untervet word“; d. i. Wie die Mutter durch Versäumniß enterbet werde. (Es

zu nennen pflegt. Es ist dabei für das Wesen der Sache gleichgiltig, ob der Notherbe dem Erbeinsetzungsvertrag beistimmt ⁶⁸⁾, oder ob allein mit ihm contrahirt wird, ferner, ob er schlechthin verzichtet, oder ob er von der Erbschaft abgefunden wird ⁶⁹⁾. So gehören denn auch die Absor-

ptionen hier von der Ausschließung der Mutter von der gesetzlichen Beerbung ihrer Kinder wegen nicht erbetener Vormünder (die Rede).

68) Haffse a. a. O. S. 151 fg. Nr. 3. (und mit ihm Man-
reimbacher Lehrb. §. 553. Note f.) nimmt an, daß in
der Regel mit einem renuntiativen Erbvertrag ein
Erbeinsetzungsvertrag verbunden werde. Diesem aber
widerspricht gewiß die Erfahrung. Man denke nur an
die zahlreichen Fälle, wo der Zwangserbe von der Erb-
schaft beim Leben des Erblassers abgefunden wird,
diesem also die freie Disposition über den vorbehaltenen
Theil seines Vermögens bleibt, ohne alle Concurrenz ei-
nes Vertragserben, ja ohne daß dabei vor der Hand an
einen bestimmten Dritten, der künftig einmal in das
übrige Vermögen als Erbe eintreten soll, auch nur ge-
dacht wird.

69) Die Particularrechte, welche überhaupt davon sprechen,
erwähnen meistens nur Erbverzichte der letzteren Art;
z. B. Alt-Würtemb. Landr. von 1567 Th. III. S. 289.
(in dem neueren fehlt hierüber alle Bestimmung), Lüb-
sches Recht B. II. Tit. 2. Art. 33, Hamburger Stadtr.
Th. III. Tit. 3. §. 7 u. 13, Lüneburger Reformation
Th. VI. Tit. 1. a. E. Mainzer Landr. Tit. IX. §. 5.
Cod. Maximil. Bavar. Th. III. Tit. 3. §. 14. Nr. 3. (s.
unten Note 74.) — Das Preussische Landr. (Th. I.
Tit. 12. §. 649 fg.) kennt auch rein verzichtende Erbver-
träge, d. h. solche, wobei gar nicht einmal von einer
Abfindung des verzichtenden Erben die Rede ist, voraus-
gesetzt daß derjenige, auf dessen Nachlaß verfügt wird,
dem Vertrage als Mitcontrahent ausdrücklich beitrete

derungen, oder vollständigen Abschichtungen der Kinder, — wie sie bei Statt findender Gütergemeinschaft nach dem Tode des einen Ehegatten, und besonders, wenn der Überlebende zu einer neuen Ehe schreitet, vorzukommen pflegen, — in die Klasse der wirklichen Erbverzichte. Denn ungeachtet mancher Streitfragen über die Wirkungen solcher Absonderungen wird es doch allgemein anerkannt, daß die Absonderung einer rechtsgiltigen Enterbung gleich stehe, woraus denn von selbst folgt, daß die Abgesonderten — wenn auch ein Intestaterbrecht nach den unabgesondert gebliebenen Kindern, doch kein Pflichttheilrecht weiter in Anspruch zu nehmen haben.⁷⁰⁾, selbst

(§. 650). Dies kann aber gar nicht als Einschränkung betrachtet werden, da es zum Begriff eines eigentlichen Erbvertrags wesentlich mit gehört; indem Verfügungen über — künftige oder schon angefallene — Erbschaften ja die Erbfolge selbst in keiner Art abändern. S. Haffe a. a. D. Cap. 2. §. 218 fgg.

70) Vgl. MEVIUS in comment. ad art. 33. Tit. 2. B. II. jur. Lub. Nr. 129 fg. J. E. Stein Abhandl. des Lübischen Rechts Th. II. Tit. 1. §. 153. Note *. PUFENDORF observat. jur. univ. T. III. obs. 10. („Ad jus statutarium Luneburgense. Liberi segregati an parente sine nova prole mortuo testamentum ejus ex causa inofficiosi possint impugnare, vel alio nomine legitimam ex ejus hereditate petere“). — Uebrigens wird Mevius hier mit Unrecht von Pufendorf als Gegner behandelt. Ausdrücklich sagt der Erstere (a. a. D.), der Abgesonderte sei einem rechtmäßig Enterbten gleich, und dürfe weder testamentarische noch andere Verfügungen des separirenden Ascendenten impugniren; nur nimmt er an (Nr. 134 fg.), daß die Abgesonderten ein Intestaterbrecht behalten, und in diesem nur von den Unabgesonderten ausgeschlossen werden.

alsdann nicht, wenn das Vermögen des separirenden Ascendenten später sich vermehrt und mit Rücksicht hierauf das abgefundene Kind seinen Pflichttheil noch nicht vollständig erhalten haben sollte⁷¹⁾, wie dies auch in mehreren Particularrechten ausdrücklich angeordnet ist⁷²⁾. Genug, durch jede an und für sich zu Recht beständige Abfindung des Notherben fällt Alles weg, was im römischen Recht über die Art und Weise vorgeschrieben ist, wie Notherben in Testamenten zu berücksichtigen sind, falls nicht particularrechtliche Einschränkungen nachgewiesen werden können⁷³⁾, wie sich denn eine solche in dem Bayerischen Rechte findet, wo es heißt: wenn Notherben freiwillig auf die Erbschaft renunziert haben, „so müssen sie nichtsdestoweniger in der bereits empfangen- oder von Rechtswegen zu empfangen habenden Portion instituiert werden⁷⁴⁾.“

Gesetzt nun, es überläßt Jemand bei seinem Leben sein Vermögen dem Notherben und behält sich über einen

71) PUFENDORF l. l. „Neque conveniens est, ut duplicem legitimam petant.“

72) Rüneburger Reform. Th. VI. Tit. 1. a. E. u. Tit. 19. Mainzer Landr. Th. IX. §. 5.

73) Als Einschränkung einer Rechtsregel, oder als besonderes Recht sind dergleichen Bestimmungen zu betrachten, da sich die gesetzliche Anerkennung von Erbverzichtten mit der Fortdauer eines Zwangserbrechts nicht wohl verträgt.

74) Cod. Maximil. Bavaric. Th. III. Tit. 3. §. 14. Nr. 5. — Diese durchaus ungehörige Einmischung römischer Begriffe, welche nur zu gerichtlichen Weiterungen Veranlassung geben konnte, sucht PREITTMAYR auch nicht einmal zu vertheidigen, sondern er berührt sie bloß ganz kurz, Anmerk. Bd. V. §. 1038. Nr. c.

Theil desselben (oder auch über den künftigen Erwerb⁷⁵⁾) freies Verfügungsrecht vor. Daß hier der Erblasser über seinen Nachlaß testamentarisch verfügen darf, ohne den Notherben überall weiter zu berücksichtigen, ist nach den Grundsätzen des gemeinen deutschen Rechts durchaus nicht zu bezweifeln. Aber wer ist nun als der eigentliche Erbe anzusehen, der künftige Testamentserbe oder der Notherbe? Zunächst hängt hier Alles von Ausdruck und Inhalt der ersten Disposition ab; denn daß der abgefundene Notherbe titulo universali bedacht sey oder werde, ist zum Rechtsbestande des Abfindungsvertrags nicht erforderlich. Allerdings kann aber der Notherbe auch durch den Vertrag zum Erben erklärt werden, in welchem Falle alsdann das beim Leben des Erblassers bereits erhaltene Gut den eventuellen Nachlaß bildet. Gesezt nun, daß daneben ein Anderer als Testamentserbe instituiert wird, so würden wir hier mehrere Universalserben aus verschiedenen Delationsgründen haben, wogegen denn aber die Analogie der Regel: *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*, zu streiten scheint. Ob diese Regel überhaupt in Deutschland gilt, oder nicht? darüber herrscht unter den Juristen keineswegs einerlei Meinung⁷⁶⁾, obgleich allerdings die Mehrzahl sich gegen ihre

75) Es ist der Wirkung nach einerlei, ob der Erblasser sich einen Theil des überlassenen Vermögens, oder nur seinen künftigen Erwerb vorbehält. Denn immer kann alsdann, was der Notherbe erhält, nicht als Nachlaß im rechtlichen Sinne betrachtet werden.

76) Vgl. J. E. Haffe: Beitrag zur Revision der bisherigen Theorie von der ehelichen Gütergemeinschaft (Mül 1808) S. 38. S. 135 fg. Note 1. Griesinger Fortsetzung von Darg. Th. IX. S. 97 — 103. Mittermaier Grund-

Geltung erklärt. Diese Ansicht hat auch wohl die meisten Gründe für sich. Denn wenn gleich die im deutschen Erbrechte so häufig vorkommende Trennung der Vermögensmassen die Idee an sich nicht ausschloß, daß als der eigentliche Universalerbe Der zu betrachten sey, welcher den unbestimmten Theil des Nachlasses erhielt⁷⁷⁾, so hinderte er doch das Aufkommen jenes Grundsatzes, welcher dadurch so Vieles von seiner practischen Bedeutung verlieren mußte⁷⁸⁾. Wie natürlich, ja nothwendig jene Regel daher auch den Römern erscheinen mochte⁷⁹⁾, in Deutschland hat man sich nie recht mit ihr befreundet können, sondern sie meistens als eine unnütze römische Subtilität betrachtet⁸⁰⁾. Zwar wird sie in einigen Particularrechten ausdrücklich anerkannt⁸¹⁾, allein die meisten

siehe §. 384. a. E. Maurenbrecher Lehrbuch §. 547. a. E. u. das. Note p. — Huschke über die Rechtsregel: *nemo pro parte testatus u. s. w.* (Rhein. Mus. Bd. VI. Nr. VIII.) S. 366 fgg.

77) E. oben Note 7. S. 5 fgg.

78) Vgl. LINDENBURG comment. ad jus Lub. de testamentis et legatis §. 16. p. 38.

79) E. Huschke in der angef. Abhandl. S. 258 fgg. Vgl. auch das. S. 296 fgg. S. 336 fgg.

80) Vgl. Griesinger Fortf. von Dantz Bd. IX. S. 98 fgg. Note c.

81) 3. B. Würtemb. Landr. v. 1609. Th. III. Lit. XI. Art. 14. Pfälzisches Landr. Th. III. Lit. XI. Art. 6. Cod. Maximil. Bavar. Th. III. Lit. 3. §. 9. Nr. 4. — Soviel Tob auch dem Verf. des Bayerischen Maximil. Gesetzbuches sonst geführt, so trennt er sich doch nicht gerne von den allgemeinen Rechtswahrheiten des röm. Rechts.

ignoriren sie⁸²⁾, und in den neuesten Gesetzgebungen — also gerade in denjenigen, welche es geflissentlich darauf anlegten, die mit den gangbaren Rechtsansichten nicht übereinstimmenden Lehren des röm. Rechts aufzuheben oder abzuändern, — ist sie ausdrücklich aufgehoben.⁸³⁾ Welche Meinung man indessen hierüber auch haben mag,

82) Uebrigens kann ich mit Maurenbrecher (Lehrbuch S. 547. Note p.) darin nicht übereinstimmen, daß durch die Bestimmung mancher Particularrechte: die Codicillarclausel solle allezeit stillschweigend verstanden werden, die reine Idee der absoluten Repräsentation indirect zerstört sei. Denn alsdann hätten ja die Intestatcodicille, die ausdrückliche Hinzufügung der Codicillarclausel, und die übrigen Fälle, wo schon im römischen Rechte eine testamentarische Verfügung in vim fideicommissi aufrecht erhalten wurde (vgl. meine doctrina Pandectar. Vol. III. §. 685. Note 5. §. 686. §. 780. Note 12. 13.), die nämliche Wirkung haben müssen; immer aber hält auch in diesen Fällen das röm. Recht den Begriff eines von uns s. g. directen Erben mit strenger Consequenz fest.

83) Allg. Landr. für die Preuß. Staaten Th. I. Tit. 12. §. 48. (Daß das Landrecht dabei dennoch den präsumtiven Willen des Erblassers berücksichtigt wissen will, und namentlich das jus accrescendi zulezt, wenn es nicht vom Testirer ausdrücklich ausgeschlossen ist, erklärt Gans für eine Inconsequenz, in den Beiträgen zur Revision der Preussischen Gesetzgebung Bd. I. Abtheil. 2. Nr. VII. S. 137 fg. Indessen dürfte dieser Vorwurf schwerlich gerechtfertigt erscheinen. Das Gesetz läßt theilweise Verfügung über den Nachlaß zu. Hat aber der Testirer vollständig darüber verfügt und nur mehrere Erben ernannt, so steht ja das jus accrescendi damit durchaus in keinem Widerspruche). Allg. bürgerl. Gesetzbuch für die deutschen Erbländer der Oesterr. Monarchie Th. II. Hauptst. VIII. §. 534.

so läßt sich doch auch noch ein anderer Grund für das Nebeneinanderbestehen der gesetzlichen und der vertragmäßigen Erbfolge anführen. — Die römische Regel setzt nämlich nur die gesetzliche und die testamentarische Erbfolge einander entgegen; Erbverträge aber gehören wie die Testamente zu den Verfügungen des Testirers über seinen Nachlaß, und sie werden daher in den älteren Particularrechten mit den Testamenten unter dem Namen *Geschäfte* zusammengestellt und gemeinschaftlich der gesetzlichen Erbfolge entgegengesetzt⁸⁴⁾. In beiden Fällen wird die Erbschaft nach dem Willen des Erblassers deferirt, und man legt der Regel: *nemo pro parte testatus u. s. w.* eine Bedeutung bei, welche sie im römischen Rechte nicht hatte, wenn man sie hier zur Anwendung bringen will⁸⁵⁾. Gab es ja doch auch schon

84) S. oben S. 13. Note 28. Hinzuzufügen ist noch die Wormser Reformation von 1498 Buch IV. Th. 3. Tit. 4. H. 14. Th. 4. Tit. 1. u. a. a. D.

85) U. M. ist Huschke im Rhein. Mus. VI. S. 298, indem er glaubt, daß aus dem *nemo pro parte* etc. auch von selbst die Regel folge: *nemo pluribus testamentis pro parte relictis decedere potest*. Indessen ist in den Quellen immer nur von verschiedenartigen Delationsgründen die Rede, und CICERO de Invent. II. 21 gebraucht daher auch den Ausdruck *dissimilibus de causis unus pecuniae plures heredes esse non possunt*; diesen Ausdruck führt Huschke freilich tadelnswerth, doch genügt zur Begründung dieses Tadeln weder die Berufung auf die Stellen, wonach einem früheren Testament nur die Wirkung fideicommissarischer Verfügungen beigelegt wird (S. 3 J. *quib. mod. infirm. test.*) L. 12. §. 1. D. de injusto, *raptu irritato facto testamento* XXVIII. 3), noch auf die Rechtsregel: „*Ubi pugnancia inter se in testamento iuberentur*, neu-

nach dem römischen Rechte Fälle, wo aus verschiedenen Testamentsurkunden eine f. g. directe Erbfolge deferirt wurde⁸⁶). Erbvertrag und Testament aber haben in jedem Falle das mit einander gemein, daß durch eine Ver-

trum ratum est“ (L. 188 pr. D. de reg. jur.). Der folgende Titel wird uns Gelegenheit geben, auf diesen Gegenstand wieder zurück zu kommen. Hier mag dasjenige genügen, was in der nächsten Note über die Sache gesagt ist. Uebrigens ist auch *MAYER diss. cit. §. 15* Nr. 3 der Meinung, daß sich die Ernennung eines testamentarischen Universalerben mit einer durch Erbvertrag begründeten Universalsuccession nicht vertrage. Zwar stehe die Natur der Erbverträge hier nicht entgegen, wohl aber die für Testamente geltende Regel: *nemo pro parte testatus u. f. w.*

86) L. 1. §. 6 D. de bonor. poss. sec. tab. (XXXVII. 11)

„Si in duobus codicibus simul signatis alios atque alios heredes scripserit, et utrumque existet, ex utroque quasi ex uno competit bonorum possessio, quia pro unis tabulis habendum est, et supremum utrumque accipiemus.“ — Die Stelle spricht zwar von gleichzeitig solennisirten Testamentsurkunden, sie aber bloß von verschiedenen Exemplaren desselben Testaments zu verstehen (wie §. 13. I. de testam. ordin. L. 24. D. qui test. fac. poss. XXVIII. 1. L. 4 D. de his, quae in test. del. XXVIII. 4 u. L. 1. §. 5 D. de B. P. sec. tab.) ist unmöglich, da in jeder Testamentsurkunde verschiedene Erben ernannt sind. Jedenfalls sehen wir hieraus, daß an sich nichts Widersprechendes darin gefunden wurde, seine letztwilligen Anordnungen auch in Beziehung auf Universalnachsfolge in verschiedenen, ihrem Inhalte nach nicht gleichlautenden Dispositionen auszusprechen. Mehr über das Verhältniß verschiedener Testamente desselben Erblassers wird beim folgenden Titel vorkommen.

fügung des Erblassers die gesetzliche Erbfolge ausgeschlossen wird; alles Uebrige ist hier ausserwesentlich⁸⁷⁾, und so steht denn an sich nichts im Wege, den Vertragserben und den Testamentserben in Beziehung auf die Succession selbst als Miterben zu betrachten⁸⁸⁾. Uebrigens hat diese ganze Frage nur unter der Voraussetzung für unseren Gegenstand eine Bedeutung, daß etwa (wie im Bayerischen Rechte) ausser der Abfindung der Notherben auch noch eine gehörige Berücksichtigung derselben vorgeschrieben ist. Wird hier nicht ausdrücklich erfordert, daß dies in einem eigentlichen Testamente geschehe, so kann man es wohl für genügend erachten, wenn der Notherbe durch einen Vertrag abgefunden wird, welcher ihm die Rechte eines Universalserben gewährt, gesetzt auch der Erblasser behält sich die freie Disposition über einen Theil seines Vermögens vor. Ein hieher gehöriger Fall kam vor etwa 25 Jahren bei den Bayerischen Gerichten zur Sprache⁸⁹⁾. — Eine Frau

87) Vgl. Haffe a. a. D. S. 168 fgg. Nr. 3 — 5. — S. auch oben Note 42. 43. S. 61.

88) Auch die Streitigkeiten der Germanisten: ob der Vertragserbe die Schulden des Erblassers auch aus seinem eignen Vermögen zu zahlen verpflichtet sey? (Mittermaier Grundsätze S. 403 a. E. u. Eichhorn S. 344. Nr. I. a. E.) können wir hier auf sich beruhen lassen, da ja auch ein Testator das Rechtsverhältniß der Miterben verschieden bestimmen darf.

89) Gönner welcher in der Eigenschaft eines Sachwalters die Gültigkeit der dem Erbvertrage folgenden testamentarischen Disposition vertheidigte; hat mancherlei über die Sache geschrieben. Zuerst in den Beiträgen zur Jurisprudenz der Deutschen (Erster Band Nürnberg. 1810). Nr. IX. S. 230 fgg., sodann in einer eignen Brochüre,

böheren Standes übergiebt ihren verheiratheten Töchtern ihr gesammttes Vermögen per actum parentis inter vivos irrevocabilem, wie es in der darüber aufgenommenen Vertragsurkunde heißt, worin auch erklärt wird, daß die Erbschaft der Disponentin dadurch die Eigenschaft der Anfalligkeit erhalten habe. Sie behält sich jedoch über einen namhaften Theil des Vermögens (welcher übrigens den Pflichttheilsbetrag lange nicht erreicht) freie und ungehinderte Disposition vor, und ernannt darauf ihre Kammerfrau testamentarisch zur alleinigen Erbin ihres übrigen Vermögens, unter Bestimmung einiger Vermächtnisse; zugleich erklärt sie, daß sie ihren Enteln (den Kindern ihrer inzwischen verstorbenen Töchter) keinen Pflichttheil mehr schuldig sey, indem sie den Töchtern ihr Vermögen bereits übergeben habe. Die Schwiegerstöchter der Erblasserin impugnirten nun Namens ihrer Kinder das Testament wegen Präterition der Notherben. Die Entscheidung fiel zu Gunsten der Testamentserbin aus. Hauptsächlich wurde sie auf folgende Gründe gestützt: a) daß die Descendenten der Erblasserin nicht für präterit gehalten werden könnten, da sie dieselben in dem

betitelt: über den Begriff eines Notherben und die Erlösung dieser Eigenschaft in besonderer Anwendung auf teutsche Erbverträge vorzüglich nach dem römischen und Bayerischen Civilrecht, Landshut 1812. (Angehängt ist ein kurzes Gutachten von Glück über den Gegenstand). Ferner in dem Archiv für die Gesetzgebung und Reformen des juristischen Studiums. Bd. IV. (Landsh. 1814) Heft III. Nr. IX. S. 435 fgg. — Diese Aufsätze haben in hohem Grade die Mängel aller Parteienschriften; sie sind überdies in einem höchst leidenschaftlichen Tone abgefaßt und die Geschichtserzählung ist weder vollständig noch durchaus zuverlässig.

Erbvertrage zu Universalserben erklärt habe; b) daß die Erblasserin in ihrem Testamente gar nicht über eine eigentliche Erbschaft oder *universitas juris*, sondern nur über eine *universitas hominis* verfügt habe, mithin die von ihr eingesetzte Erbin bloß *titulo singulari succedere*⁹⁰⁾; c) daß überdies die Erwähnung der Descendenten in dem Testamente, oder die Berufung auf den Erbvertrag den Vorwurf der Prätetition ausschliesse. — Sehen wir nun einstweilen von der Frage ab: ob nicht die Enkelkinder aus ihrer Person, als nächste Nothherben beim Tode ihrer Großmutter, das Testament anfechten konnten? so genügt schon der erste Grund zur Rechtfertigung des Erkenntnisses. Es ist nämlich außer Zweifel, daß die Erblasserin ihr Vermögen den Töchtern *titulo universali* hinterlassen hatte; daneben durfte sie dann immer noch einen testamentarischen Universalserben ernennen. Zwar ist es möglich, daß der Verfasser der in dem Bayerischen Gesetzcoder enthaltenen Vorschrift,

90) Nicht nur bei Dönner (Begriff eines Nothherben S. 181), sondern auch in dem Gutachten von Glück (Abh. zu der gedachten Schrift S. 4 fgg.) und in den Entscheidungsgründen des D. A. G. (Archiv Bd. IV. S. 449) findet sich diese Argumentation. Doch mißbraucht Glück nicht den Ausdruck *universitas hominis*, der hier ganz gewiß unpassend ist, da nach der Voraussetzung, von welcher die Vertheidiger des Testaments ausgehen, Gegenstand der Disposition überall kein wahres Begriffsganze seyn, sondern die Erblasserin nur über bestimmte Sachen und Summen verfügen konnte, mithin die wesentlichen Merkmale einer *universitas rerum* ganz fehlen. (S. meine Abhandl. über *universitas juris* und *facti* im Archiv für civilist. Praxis Bd. XVII. Abh. XII. S. 372 fgg.)

die verzichtenden Notherben sollten jedenfalls in dem Pflichttheil instituiert werden, testamentarische Einsetzung gemeint habe⁹¹⁾. Allein da der gesetzliche Ausdruck unbestimmt ist, so muß hier der Grundsatz zur Anwendung kommen, daß eine letztwillige Disposition im Zweifel allemal für rechtsbeständig zu halten sey⁹²⁾. — Ueber den zweiten Grund läßt sich kein bestimmtes Urtheil abgeben, ohne Inhalt und Ausdruck der fraglichen Dispositionen gekannt zu kennen, als dies aus den gedruckten Mittheilungen möglich ist. Hat es seine Richtigkeit, wie an mehreren Stellen, und selbst in den Entscheidungsgescheiden zum Erkenntniß des Oberappellationsgerichts angedeutet wird, daß die Descendenten der Erblasserin durch den Erbvertrag zu wahren Universalerben des ge-

91) Ja es ist dies sogar wahrscheinlich, da Kreitzmayr in den Anmerkungen zu der gedachten Vorschrift (Bd. V. S. 1038. Nr. c.) ausdrücklich von Nullität des Testaments spricht, worin der verzichtende Notherbe nicht instituiert ist.

92a) Gänzel (Ueber einen Notherben S. 79 u. 85) und v. Glück (angeß. Gutachten S. 6) meinen, daß die Gegner sich auf diese Vorschrift des Bayerischen Rechts überall nicht beziehen dürften, indem das Gesetz nur von einem Erbverzicht (mit oder ohne Empfang eines Quantum) spreche, nicht aber von dem Falle, wo der Notherbe seinen Pflichttheil aus der Verlassenschaft wirklich erhalten habe. Indessen ein acquisitiver Erbvertrag der Notherben über eine Erbschaftsquote enthält allemal zugleich auch einen Erbverzicht. Auch verträgt sich jene Unterscheidung nicht mit den Worten der gesetzlichen Disposition. Richtiger nimmt daher das D. N. G. (Archiv S. 449) an, daß der gesetzlichen Vorschrift im vorliegenden Falle genügt sey.

stantes gegenwärtigen und zukünftigen Vermögens ihrer Mutter und Großmutter erklärt sind⁹²), so würde allerdings das Object des Nachlasses etwas durchaus Bestimmtes, nämlich der Complexus der zur freien Disposition vorbehaltenen Vermögensobjecte seyn, da alsdann auch jeder künftige Erwerb, selbst Erspatnisse der Erblasserin ihren Vertragserben gehörten, folglich konnte die Testamentserbin nur die Rechte eines Vermächtnißnehmers erhalten⁹³). Wo nicht? so hatte

92) Archiv a. a. D. S. 449. Indessen scheint dies eine bloße Schlussfolgerung aus der Erklärung der Disponentin zu seyn: sie übergebe ihr ganzes Vermögen in der Art ihren Töchtern, daß ihre Erbschaft gegenwärtig schon die Eigenschaft der Anfalligkeit erhalte; wodurch sie aber wohl nur dem förmlichen Notherbenrechte gemäßen, mithin ihre Descendenten gerade von dem Vermögen, was nicht mit in dem Uebergebenen begriffen war, ausschließen wollte.

93) Zwar nicht wegen L. 13 C. de heredit. inst. (VI. 24) — denn s. Bd. 36 des Comment. S. 353. Note 93 —, auch nicht wegen der Bestimmung des Cod. Maximil. Bavar. Th. III. Cap. 3. §. 9. Nr. 7. 8 u. Cap. 7. §. 1. 2, worauf Glück a. a. D. sich beruft, indem sich hier keineswegs die Meinung anerkannt findet, daß der in re certa neben Anderen eingefetzte Erbe als Legatar zu behandeln sey, viel eher das Gegentheil; wohl aber, weil gegen den Inhalt eines Erbvertrags einseitige Verfügungen nicht gelten, wie dies zum Ueberfluß auch im Bayerischen Gesetzbuch ausdrücklich angeordnet ist, Th. III. Cap. 11. §. 1. Nr. 11. Waren also die Vertragserben unserer Erblasserin, buchstäblich oder der Sache nach, zu alleinigen Universalserben ernannt, so konnte ihre nachmalige testamentarische Disposition über die vorbehaltenen Objecte immer nur Singularsuccession begründen.

die Erblasserin zwar der gesetzlichen Vorschrift durch die Bestimmung genügt, daß ihr Vermögen als Erbschaft ihren Descendenten angefallen seyn solle; im Uebrigen aber erhielt ihre Testamentserin gerade die hereditas, das juris nomen⁹⁴⁾, oder den zur Zeit der Disposition noch nicht bestimmbaren Vermögenscomplex, wie er beim Tode der Erblasserin vorhanden seyn werde. — Schroeder verdient aber der dritte Grund Billigung (die Descendenten seien nicht für präterit zu halten, weil ihrer in dem Testament gedacht worden). Der Bayerische Gesetzgeber hat bei seiner Vorschrift die, ganz dem förmlichen Notherbenrechte angehörige Bestimmung des gemeinen Rechts vor Augen gehabt: der Zwangserbe müsse zum Erben eingesetzt werden, was bekanntlich von Manchem so verstanden wird: er müsse im Pflichttheil eingesetzt werden⁹⁵⁾. Wenn man nun auch die Gültigkeit einer Erbeinsetzung nicht mehr von bestimmten Formen und Ausdrücken abhängig machen darf, so müssen doch die gebrauchten Ausdrücke möglicherweise die Bedeutung einer solchen Verfügung haben können; das aber ist gewiß nicht der Fall, wenn der Testator bloß erklärt, daß er eine Erbeinsetzung nicht für nöthig halte.

B) Der Notherbe kann also auf sein Recht wirklich verzichten. Aber bindet dieser Verzicht denn auch diejenigen, welche, nachdem der Verzichtende mit Tode abgegangen ist, die nächsten Notherben beim Tode des Erblassers sind? So allgemein gestellt wird man die Frage wohl unbedenklich verneinen müssen. Wer Noth-

94) L. 119. L. 208 D. de V. S.

95) Vgl. Bd. 35 des Comment. S. 317 fg. Note 39. Bd. 37. S. 189 fg. u. das. Note 74.

erbe sey? ist nach der Todeszeit des Erblassers zu bestimmen; daher hilft es denn bekanntlich nichts, daß ein bei der Testamentserrichtung vorhandener Notherbe eingesetzt ist, wenn dieser vor dem Testator stirbt und bei des Letzteren Tode Andere vorhanden sind, welche auf so lange Sener ihnen im Wege steht, auf Berücksichtigung keinen Anspruch zu machen haben⁹⁶). Daß dies auch im heutigen Rechte anerkannt ist, wird hier nicht erst erwiesen werden dürfen, und da ebenfalls feststeht, daß Notherbenrechte so wenig durch Erbverträge, als durch Testament vererbt werden können, so folgt von selbst die Unvererblichkeit renuntiativen Erbverträge der nächsten Notherben für die entfernteren; das Recht der Besten, sobald es kein Daseyn erhalten hat, ist ein selbstständiges, es kann ihnen also durch Verzicht oder Abfindung der vorgehenden Notherben nicht entzogen werden, indem diese ein ausschließliches Recht nur unter der Voraussetzung haben, daß sie beim Tode des Erblassers die Nächsten sind⁹⁷). In der That ist dies auch von jeher die gemeine und in der Praxis anerkannte Meinung gewesen⁹⁸), und die Gründe, worauf sich die entgegenstehende Theorie stützt⁹⁹), sind nicht schwer zu

96) S. Bd. 36 des Commentars S. 160 fgg. Nr. C.

97) Vgl. NIEPER diss. de success. pactitia §. 11. p. 32 sq.

98) Dan. MEVIUS ad Rubr. jur. Lub. Lib. II. Tit. 1. Nr. 88 sqq. Sam. STRYK succ. ab int. Diss. VIII. Cap. X. §. 76. Jo. Ulr. CRAMER de pacto hereditario renunciativo filiae nobilis. Tr. I. Marb. 1731. §. 51.

99) S. dieselben bei STRYK (welcher diese Ansicht theoretisch für die richtigere erklärt) l. I. §. 77. u. Gönner über den Begriff eines Notherben S. 47. 79. 88. 104 u. a. a. Stellen.

widerlegen. Man meint nämlich a) schon im römischen Rechte sey eine Antizipation der Erbfolge beim Leben des Erblassers möglich gewesen, und darum denn auch für die Fälle einer solchen Antizipation nach der Zeit derselben die Nähe zu bestimmen. Allein Beides, der Vorderatz wie die daraus gezogene Folgerung, ist gleich falsch. Nicht von Antizipation des Erbrechts, sondern nur von der Erbtheilung spricht das röm. Recht¹⁰⁰⁾, und eben so wenig heißt es, daß die Zeit der vorgenommenen Theilung der Delation gleich gelte, also auch das Näherrecht darnach zu bestimmen sey; vielmehr wird ausdrücklich darauf hingewiesen, daß die Abzutheilenden auch wirklich ein Erbrecht haben müssen¹⁾. Erbrecht aber an dem Vermögen eines Lebenden ist eine der größten Anomalieen, die ohne ausdrückliches positives Gesetz gewiß nicht angenommen werden darf. — b) Veruft man sich auf den Grundsatz, daß bei Verträgen die gegenwärtige Zeit, d. h. die Zeit der Abschließung des Vertrags über den Erwerb des Rechts entscheide²⁾. Dies ist an sich auch außer Zweifel. Allein verzichtet man auf ein noch nicht angefallenes Recht, so versteht sich dabei die Bedingung des wirklichen Anfalls allemal von selbst. Ueberhaupt aber beruht es auf einer Verkennung der Natur des Erbvertrags, wenn man darauf so schlechthin die

100) L. 21. C. *fam. ercisc.* III. 36. („Si cogitatione futurae successionis officium arbitri dividendae hereditatis praeveniundo pater communis — suam declaraverit voluntatem“ u. s. w.) L. ult. *eod.*

1) L. ult. C. *cit.* („Inter omnes duntaxat heredes suos, qui ex quolibet venientes gradu tamen pares videntur esse“ — u. s. w.)

2) Stark I. I. §. 77. — Bgl. unten die Note 4.

für gewöhnliche Verträge geltenden Grundsätze anwenden will³⁾. Der Grundsatz: *non datur hereditas viventis* gilt auch für Erbverträge, der eigentliche Gegenstand oder Inhalt eines verzichtenden wie eines erwerbenden Erbvertrags ist daher allemal nach dem Zeitpunkt zu bestimmen, wo der Erblasser mit Tode abgeht⁴⁾. Da-

3) H a s s e über Erbvertrag u. s. w. S. 200—211. (Nr. 1—10)

4) G. STRYK l. 1, §. 77. — G ö n n e r a. a. O. S. 17 argumentirt hier auf folgende Art: „Sobald ein Erbvertrag bei Lebzeiten des Erblassers die Gesamtheit seines gegenwärtigen und künftigen Vermögens als Erbschaft an die Erben überträgt, wird der Todesfall des Erblassers durch Vertrag noch bei dessen Lebzeiten antizipirt; hier ist der Zeitpunkt des Vertrags auch der Zeitpunkt seines juristischen Todes.“ Er beruft sich dabei auf Kreittmayr's Anmerkung zu Th. III. Tit. 1. §. 2. Nr. 4. Litt. d. (Bd. V. S. 844), die er eine im wahren wissenschaftlichen Geiste geschriebene Stelle, einen Beweis nennt, wie ein denkender Rechtsgelehrter Prinzipien eines fremden Rechts auf vaterländische Institute anwenden müsse. — Nach dieser Tirade erwartet man jedenfalls etwas Anderes bei Kr., als eine bloße Anwendung der bekannten Begriffe von *pacta successoria simplicia* und *mixta*. Diese seien *per actum ultimae voluntatis* gemacht, folglich erhalte das Geschäft erst durch den Tod des Erblassers seine Kraft und Wirkung. Jene aber begründen regelmäßig sofort ein unwiderrufliches Recht, folglich ergebe sich der Anfall nicht erst mit dem Tode der Paciscenten, sondern gleich durch den Vertrag selbst. Diese letztere Bemerkung geht lediglich auf das *jus quaesitum* des Vertragserben, und ist noch sehr weit von der Behauptung G ö n n e r s entfernt, daß der Erbvertrag einen juristischen Tod des Erblassers begründe, oder wie er sich an einem anderen Orte (das. S. 79) ausdrückt: wer seinen Erbtheil erlangt habe,

mit fällt denn auch c) ein dritter Grund von selbst hinweg, daß nämlich die Anerkennung verzichtender Erbverträge im neueren Rechte nicht habe geschehen können, ohne dem Verzicht der nächsten Erben die Wirkung beizulegen, auch die folgenden auszuschließen⁵⁾. Dann dürfte man auch auf die Art argumentiren: weil ein Testirer nur die zur Zeit der Disposition vorhandenen Notherben zu berücksichtigen verpflichtet ist, so darf er sich, wenn dies geschehen ist, der Gültigkeit seines letzten Willens stets versichert hatten, ohne eine Zerstörung desselben durch nachgeborne oder nachrückende Notherben befürchten zu dürfen! So wie hier die Gültigkeit des Te-

der trage gleich der Laufe den unauslöschlichen Character eines Erben für alle Zukunft an sich. Wer freilich solche Bordersätze für wahr halten kann, dem ist auch die Behauptung zu verzeihen: wenn Jemand durch einen Erbvertrag über sein Vermögen verfügt habe, so hinterlasse er bei seinem Tode keine Erbschaft, also auch keine Notherben; indem die letzteren ohne Existenz einer Erbschaft gar nicht gedacht werden könnten u. s. w. (S. 104. 105). Worauf Gönner ein so großes Gewicht legt, daß die Uebergabe des Vermögens schon bei Lebzeiten der Erblasserin erfolgt sey, ist für die juristische Bedeutung der hier anzuwendenden Begriffe völlig irrelevant. Wenn Jemand sein Vermögen nach röm. Rechte unter seine präsumtiven Erben theilt, so wird das Vermögen doch erst Erbschaft mit dem Tode des Erblassers; eine mortis causa donatio verändert ihren rechtlichen Character dadurch nicht, daß die Uebergabe auf der Stelle erfolgt, und auf ähnliche Art verhält es sich denn auch hier, außer daß das Recht selbst dem Vertragserben unwiderruflich erworben ist, soferne das gesetzliche Recht der Notherben damit bestehen kann.

5) Darauf legt insonderheit Stryk a. a. D. großes Gewicht.

staments, so ist auch die der Erbverzichte davon abhängig, daß diejenigen die Nächsten bleiben, welche es zur Zeit der Disposition waren⁶⁾.

So wie indessen einem Testirer die eventuelle Berücksichtigung seiner Postumen möglich ist, eben so können auch die entfernteren Notherben einem Erbverzicht beitreten, ob gleich Anfangs oder hinterher, ist hier gleichgültig, falls es nur auf die rechte Art geschieht; sie selbst also, oder diejenigen, durch welche sie rechtsgültig vertreten werden, müssen ihre Einwilligung erklären. Daher ist denn auch ein Verzicht des nächsten Notherben selbst alsdann nicht verbindend für den entfernteren, wenn es zwar ausdrücklich auf diesen mit erstreckt ist, jedoch ohne ihn oder seine Vertreter dabei zuzuziehen⁷⁾. Wie aber, wenn der Verzicht ausdrücklich auf die Erben des Verzichtenden gerichtet und diese auch wirklich Erben geworden sind? Alsdann hält man auch ohne deren Zustimmung den Verzicht für wirksam, weil ein Erbe die Handlungen seines Erblassers anerkennen müsse⁸⁾. In dieser Allgemeinheit ist aber die Behauptung schwerlich für richtig zu halten. Man denke sich z. B. den Fall, daß der Sohn des Erblassers gegen eine Abfin-

6) Diese Sätze auch auf die Erbverzichte der Töchter anzuwenden, steht an sich nichts entgegen, falls dergleichen Verzichte nicht als bloße Form (oder höchstens Cautel) in Ansehung solcher Vermögenstheile vorkommen, von deren Succession Töchter ohnehin ausgeschlossen sind. Vgl. STRYK l. l. §. 80. — CRAMER Tr. cit. §. 2^{sqq.} §. 36. §. 38. — Mittermaier Grundsätze des deutschen Privatr. §. 405. Maurenbrecher Lehrb. §. 569.

7) Dies wird selbst von STRYK a. a. O. §. 79 anerkannt.

8) STRYK l. l. §. 79. CRAMER Tr. cit. §. 52.

dung für sich und seine Descendenz verzichtet, aber vor
 dem Vater mit Hinterlassung eines durchaus geringen
 Vermögens stirbt und dieser nun seinen beträchtlichen
 Nachlaß durch Testament dritten Personen zuwendet.
 Hier anzunehmen, daß die Enkel auf die Erbschaft ih-
 res Vaters Verzicht leisten müßten, um das großväter-
 liche Testament anfechten zu können, würde eben so we-
 nig mit der Billigkeit zu vereinigen seyn, als mit der
 rechtlichen Consequenz, welche es mit sich bringt, daß
 einem Notherben die gesetzlich ihm zustehenden Rechte,
 weder direct noch indirect, anders als unter Beobachtung
 der rechtlichen Vorschriften entzogen werden dürfen. Ja
 selbst, wenn die Erbschaft des verzichtenden Vaters hin-
 reichend ist, um den Kindern desselben ausser der davon
 ihnen gebührenden Legitima den Betrag des großväter-
 lichen Nachlasses zu gewähren, würde Jener nach streng
 juristischen Grundsätzen seinem Verzichte doch nur auf
 dem Wege Wirksamkeit verschaffen können, daß er seine
 Kinder im Testamente gehörig einsetzt, mit der Auflage,
 an die großväterliche Erbschaft keinen Anspruch zu ma-
 chen⁹⁾. Zwar könnte man sagen: auch als Intestaterbe
 ist der Notherbe verpflichtet, Verfügungen über seine
 Rechte jedenfalls insoweit anzuerkennen, als er durch die
 ihm hinterlassene Erbschaft dafür hinreichend entschädigt
 ist; in der That zweifle ich auch nicht, daß die Römer,
 wären ihnen verzichtende Erbverträge bekannt gewesen,
 in dem so eben angenommenen Falle eine *doli exceptio*
 gegen die Klage der Enkel gegeben haben würden. Nur
 kann nach meinem Dafürhalten auf diesem Wege immer

9) Arg. L. 17. §. 1. L. 27. §. 8—10. D. *ad Sc. Treb.*
 (XXXVI. 1). — Haffse über Erbvertrag u. s. w.
 Cap. IV. in Rhein. Mus. 28. III. S. 524 fgg. (Nr. 44—56).

nicht dem förmlichen Notherbenrechte genügt werden, welches den Enkeln an der Verlassenschaft des Großvaters zusteht. Wirksam würde also die *doli exceptio* nur seyn, wenn die Enkel in der väterlichen Erbschaft nach Abzug der Legitima noch den vollen Werth des großväterlichen Nachlasses finden; denn um auf den Pflichttheil von diesem Nachlasse eingeschränkt zu werden, ist eine testamentarische Verfügung des Großvaters nothwendig. In jedem Falle aber muß der Verzicht ausdrücklich auf die Erben erstreckt werden, damit gegen diese daraus excipirt werden könne; denn sonst handeln die Erben ja nicht gegen den Vertrag ihres Erblassers, wenn sie ihr selbstständiges Notherbenrecht geltend machen ¹⁰⁾.

Bei dem erwähnten Bayerschen Erbfall kam auch die so eben erörterte Frage zur Sprache; aber auch hier ist das thatsächliche Verhältniß nicht klar. Gewiß ist, daß beim Tode der Erblasserin deren Töchter bereits verstorben und Enkel von ihnen als Notherben an deren Stelle getreten waren. Ob in dem Erbvertrage, oder der f. g. unwiderruflichen Erbschaftsüberlassung, der Enkel überhaupt gedacht war, oder nicht, läßt sich aus den mitgetheilten factischen Umständen nicht genau ersehen. Soviel ist ausgemacht, daß die Testamentserin sich hier nicht auf die Vorschrift des Bayerschen Rechts berufen durfte: der Pflichttheil könne nur einmal aus einer Verlassenschaft prätenbirt werden, weshalb denn der Enkel von der abnherrlichen Verlassenschaft unter dem Vorwande der Legitima nichts mehr begehren könne, nachdem sein Vater sie schon einmal daraus erhalten habe ¹¹⁾.

10) Vgl. NIEFER diss. cit. p. 33 sq.

11) Cod. Maximil. Bavar. Th. III. Cap. III. §. 15. Nr. 10.

Diese Bestimmung wäre freilich besser weggeblieben, da sie leicht mißverstanden werden kann, und was damit gesagt seyn soll sich von selbst versteht. Dies aber kann kein Grund seyn, sie mit Gönner¹²⁾ so zu verstehen, daß die Auszahlung des Pflichttheils an den nächsten Notherben beim Leben des Erblassers auch den entfernteren allemal ausschliesse. Das Gesetz spricht von testamentarischer Zuwendung des Pflichttheils. Hat der Notherbe durch Testament seinen Pflichttheil erhalten (also nach dem Tode des Testirers), so können die von ihm ausgeschlossenen gesetzlichen Erben nicht von derselben Erbschaft ebenfalls noch einen Pflichttheil fordern. Daß dies gemeint sey, wird durch den Zusatz außer Zweifel gesetzt: „Wol hingegen gebührt ihm selbe noch von väterlicher Verlassenschaft.“ Concurrirten daher die Enkel nicht bei dem Erb- oder Ueberlassungsvertrage als mitpactisirende Personen, so konnte ihrem selbstständigen Notherbenrechte durch den inter alios geschlossenen Vertrag immer nichts vergeben werden.

C) Es fragt sich nun noch: ob nicht in dem Erbvertrage mit einem Dritten eine Berücksichtigung des Notherbenrechts durch Zuwendung des dem Notherben gebührenden Pflichttheils möglich ist? — Wir haben oben (§ 70) gesehen, daß auf diese Weise Verfügungen nach Art der Vermächtnisse wirksam angeordnet werden können, da die Analogie der sub modo donationes hier keineswegs unpassend ist. Sofern daher eine formelle Berücksichtigung des Notherben im Testamente nicht erfordert wird, ist es ganz unbedenklich, ihn durch eine solche Zuwendung des Pflichttheils für abgefunden zu erklären. Verlangen aber die Gesetze förmliche Ein-

12) Ueber den Begriff eines Notherben S. 83 fgg.

setzung des Rotherben, so kann dieser freilich in einem Erbvertrage nicht genügt werden. Ist man indessen der Meinung, daß die Rechtsregel: *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* heut zu Tage nicht mehr zur Anwendung komme, so läßt sich allerdings eine Verfügung der Art, wodurch der Erblasser dem Rotherben seinen Pflichttheil vorbehält (gleichviel unter welchen Ausdrücken dies geschieht) so aufrecht halten, daß man sagt: der Erblasser hat die gesetzliche Erbfolge nicht vollständig ausgeschlossen, — er hat also über den Theil, auf den der Rotherbe einen bestimmten Anspruch hat, überall nicht verfügt¹³⁾.

D) Wenn dagegen Manche auch die Enterbung eines Rotherben im Erbvertrag für zulässig achten, so ist dies nach gemeinrechtlichen Grundsätzen schlechterdings nicht zu vertheidigen¹⁴⁾. Erbeinsetzungen und Enterbungen können nach einer bekannten Regel des römischen Rechts nur in eigentlichen Testamenten erfolgen, und die Giltigkeit dieser Regel auch in Deutschland hat nicht nur die Vermuthung für sich, sondern stimmt auch mit dem Grundsatz überein, daß durch Verträge die Rechtsverhältnisse dritter Personen direct nicht bestimmt werden dürfen¹⁵⁾. Nun ist zwar die Wirkung einer Erbein-

13) So entschied die Göttinger Juristen-Facultät i. J. 1738. *S. Tob. Jac. REINHARTH sel. observat. ad Paul. Christinaei decisiones. Vol. IV. Obs. 68. p. 104 sq.*

14) Das Gegentheil, aber ohne Gründe anzuführen, behauptet MAYER diss. cit. (an et quatenus princ. jur. Rom. de succ. nec. ad pacta succ. appl. poss.) §. 18 Note x. p. 21 sq.

15) L. 27. §. 4 in f. D. de pactis. L. 73 in f. L. 74 D. de regul. jur. — Ueber die regelmäßige Giltigkeit die-

setzung allenfalls auf indirectem Wege zu erreichen (s. die Ausführung unter C), für Enterbungen ist aber ein solcher Ausweg überall nicht denkbar; es muß daher um so mehr bei der Regel bleiben, da auch dem heut zu Tage geltenden Rechte das Prinzip nicht fremd ist, daß Enterbungen nicht zu begünstigen sind ¹⁶⁾. Die Zulässigkeit einer Enterbung in Erbverträgen muß mithin als besonderes Recht von dem, der sie behauptet, erwiesen werden, und allerdings finden sich in einigen älteren Statuten Bestimmungen, welche nur von einer Enterbung durch Erbverträge verstanden werden können. So heißt es in den Wormser Statuten von 1498 bei Gelegenheit der Aufzählung der Enterbungsurachen: „In diesen nachfolgenden Fällen und Ursachen mögen die — Kinder enteßt oder enterbt werden durch Testament und Gescheft;“ ferner: „Also daß sölich Enterbung und Ursache in dem Testament oder Gescheft — bestimmt — — werde“ ¹⁷⁾. Offenbar werden hier beide Ausdrücke so entschieden einander entgegengesetzt, daß, wenn der Verfasser des Statuts sich überhaupt etwas Bestimmtes hierbei gedacht hat, der letztere nur auf Vertrag bezogen werden kann ¹⁸⁾.

III. Es soll jetzt noch kürzlich des möglichen Ein-

ses Grundsatzes auch im heutigen Recht s. oben Note 56. S. 68.

16) L. 19 D. h. t. — Vgl. Bd. 36 des Comment. S. 293. S. 414. S. 427. Bd. 37. S. 227.

17) Worms. Reform. Buch IV. Th. 3. Tit. 4. — Ganz ähnlich ist die Bestimmung der Nürnberger Reformation v. 1522. Tit. XV. Art. 2. Bl. 103 a. In der späteren Redaction von 1564 ist diese Bestimmung weggelassen.

18) S. oben S. 13 dieses Bandes Note 28.

Auſſes gedacht werden, welchen gewiſſe Verträge indirect auf das Notherbenrecht, beſonders der nicht mit paciſcierenden Perſonen haben können; ich meine hier die Eingehung einer Einkindſchaft und die Eheverträge, welche biſher noch gar nicht erwähnt, oder doch nur höchſt beiläufig berührt wurden.

1) Durch die Einkindſchaft (*unio prolium*) treten mehrere Descendenten-Stämme zu den unirenden Eltern in Beziehung auf ihr Erbrecht in das Verhältniß, als ob ſie von den nämlichen Eltern wirklich abſtammten¹⁹⁾.

19) Ich habe hier nur die Wirkung der Einkindſchaft erwähnt, welche davon nicht getrennt werden kann, und ſich auch in allen Geſetzen, die das Institut billigen, ſo wie bei allen Schriftſtellern anerkannt findet. Abgeſehen nämlich von einem für die Kinder der einen oder der anderen Ehe etwa bedungenen ſ. g. Voraus beerben die unirten Kinder die eine Einkindſchaft ſtiftenden Ascendenten, als wenn ſie ſämmtlich von dieſen wirklich abſtammten (Vgl. PAETZ Diss. de success. universali per pactum promissa §. 17. p. 33). Streitig iſt es a) ob auch die Stiefeltern ein Erbrecht gleich den leiblichen Eltern erhalten, und b) ob die verſchiedenen Descendenten-Stämme ſelbſt in erbrechtlicher Beziehung zu einander in das Verhältniß leiblicher Geſchwister treten? Die Particularrechte und Statuten weiſen hierüber eben ſo ſehr von einander ab, als die Rechtsgelehrten. Bejaht man die Fragen, ſo iſt dadurch denn auch zugleich die mögliche Beeinträchtigung der regelmäßigen Notherbenrechte durch Einkindſchaft in einer weiteren Ausdehnung anerkannt; in den Grundſätzen ſelbſt ändert dieß nichts. Beiläufig mag nur bemerkt ſeyn, daß den Stiefeltern meiſtens, den Stiefgeſchwister ſeltner ein Successionsrecht zugeſtanden wird. S. z. B. die Mainzer Conſtitution v. J. 1534 (ſ. die Fortſ. von Danz Commentar zu Runde Bd. VIII. S. 168 fg.),

Die Eingehung desselben setzt allemal voraus, daß we-

vgl. mit dem Mainzer Landr. v. 1755 Tit. 2. §. 17 (Bemerkenswerth ist, daß den Stiefeltern hier gleichmäßige Intestaterbrechte mit den leiblichen zugestanden werden, nur diesen aber Notherbenrechte, s. das. §. 17). Solmsches Landr. v. 1571 Tit. 20. §. 11 u. §. 14. Grff. Reform. Th. III. Tit. 10. §. 20. 21. Pfälz. Landr. Th. II. Tit. 25. Art. 3 u. 5. Untergerichtsordnung des Herzogth. Zweibrücken v. 1722. Tit. 105. Art. 10. 12. Wimpfner Stadtr. Th. I. Tit. 6. §. 6. Allg. Preuß. Landr. Th. I. Tit. 2. §. 720. („Die Absicht der Einfindschaft ist, daß zwischen den Stiefeltern und Stiefkindern die persönlichen Rechte und Pflichten, wie zwischen leiblichen Eltern und Kindern, imgleichen wechselseitige Successionsrechte hervorgebracht werden sollen“); vgl. das. §. 752. — Seltner ist auch den unierten Geschwistern ein Erbrecht zugestanden (wie z. B. im Bamh. Landr. v. 1769. Th. II. Cap. 1. Tit. 3. §. 6, wo übrigens auf nicht sehr verständliche Weise zwischen der vollkommenen und unvollkommenen Einfindschaft unterschieden wird, vgl. (Schott) Korts. von Darg Th. VIII. S. 178 fgg.); oder es ist auch umgekehrt den unirenden Ascendenten Erbrecht abgesprochen (z. B. im Würtemb. Landr. Th. III. Tit. 9. Art. 11.), was jedoch ebenfalls sich selten findet. In dieser Uebereinstimmung der meisten Particularrechte erblicken denn auch die älteren Rechtslehrer, und wie ich glaube mit Recht, ein Zeugniß darüber, wie man dies Institut von jeher in Deutschland zu betrachten pflegte, — man kann also wohl sagen, ein Zeugniß über den gemeinrechtlichen Character desselben (so z. B. STRYK subc. ab int. Diss. VIII. Cap. VI. §. 19; PAPPENDORF observat. jur. univ. T. I. obs. 200. §. 23 u. §. 52). Dagegen neigen sich die Neueren dahin, das Successionsrecht der Stiefeltern (welches allerdings noch zu mehreren Abweichungen vom römischen Rechte führt) als bloße Ausnahme anzusehen und ausdrückliche

nigstens schon aus einer frühern Ehe Kinder vorhanden sind; es können aber auch mehrere Stämme auf diese Weise mit einander vereinigt werden, nämlich zusam-
 mengebrachte Kinder (s. g. *comprivigni*) und diejenigen, welche aus der Ehe zwischen den Eltern derselben erzeugt werden. Ob die Einkindschaft die Wirkung der Adoption habe²⁰⁾, ob sie ein wahrer Erbvertrag sey²¹⁾, ob ble unierten Kinder auch von den unirenden Stiefel-
 tern, wie wenn diese leibliche Ascendenten derselben wären, enterbt werden können²²⁾? dies sind Fragen, die hier nicht wesentlich in Betracht kommen. Wir haben es lediglich mit der Frage zu thun: ob und inwieferne eine Schmälerung oder wohl gar eine Entziehung von

Anerkennung desselben in Landes- und Stadtgesetzen zu erfordern. M. s. namentlich (Schott) Fortsetzung von Danz Bd. VII. §. 676 l. C. 226 fg. Eichhorn Einleit. s. 348. Nr. III. Note m. u. Mittermaier Grundsätze s. 322. Nr. IX. 2. Die ältere Ansicht trägt jedoch wieder vor Maurenbrecher Lehrb. §. 514. Nr. 1 b.

20) Dies ist die gewöhnliche Ansicht der romanisirenden Statuten, so wie der älteren Juristen, wenn sich gleich diese Ansicht begreiflich nicht consequent durchführen läßt. M. vgl. hier die in (Schott) Kritf. von Danz Bd. VIII. §. 674 a. fgg. aus Quellen und Schriftstellern zusammengetragenen Notizen.

21) Vgl. Eichhorn Einleit. s. 348. Nr. I. u. Maurenbrecher Lehrb. §. 513.

22) Wird gewöhnlich verneint. STYRKE l. l. §. 29. PUFENDORF l. l. §. 50. 51. C. H. BREUNING qu. an unio prolium adimat jus testandi paciscentibus. Lips. 1771. 4. s. 6. Mittermaier Grunds. §. 322. Nr. VIII. Eichhorn Einleit. §. 348. Nr. III. 2. Maurenbrecher Lehrb. §. 514. Nr. 1 a. u. Note V.

Nothherbenrechten dadurch möglich werde, ohne daß die
 Betheiligten dagegen ein Rechtsmittel haben? Diese
 Frage aber ist zu bejahen, insofern nicht Particularrechte
 abweichende Bestimmungen haben. Denn erstlich kann
 die Einkindschaft in der Regel nicht aus dem Ge-
 sichtspunct der Inoffiziosität (wegen Verletzung des
 Pflichttheilsrechts) angefochten werden²³). Zwar ist
 auch wegen Vermögensverminderung durch Geschäfte un-
 ter Lebenden eine solche Anfechtung möglich, indessen
 müssen diese Geschäfte doch jedenfalls in die Kategorie
 derjenigen gehören, wodurch der Erwerber ohne alle Ver-
 geltung oder Gegenleistung von seiner Seite (also *titulo
 iuristico*) etwas erhält; wenn Jemand durch Leichtfinn,
 Uebereilung oder durch gedachte Geschäfte sich auch ganz
 und gar um das Seinige bringt, so erhalten deshalb
 doch seine Nothherben noch kein Klagerecht wider Dieje-
 nigen, welche dadurch einen Gewinn gemacht haben²⁴).
 Angenommen also, ein reicher Mann schließt ein Ehe-
 bündniß mit einer vermögenslosen aber kinderreichen
 Wittwe, unter Eingehung einer *unio prolium*; wobei
 die aus einer solchen Ehe erzeugten Kinder, noch die
 Vorkinder, welche der Mann aus einer früheren Ehe er-
 zeugt hat, können sich hier über Verletzung ihres Pflicht-
 theilsrechts beschweren, da Einkindschaftsverträge keine
 Schenkungen sind. Nur ein möglicher Grund einer In-
 officiositätsklage läßt sich hier denken: wenn nämlich eine
 offenbar lieblose und betrüglische Absicht der Eingehung

23) Vgl. überhaupt C. H. BREUNING qu. an unio prolium
 tanquam inofficiosa rescindenda sit. Lips. 1773. 4.

24) Paul Rud. Ritz Abhandlungen über ausgewählte Ma-
 terien des Civilrechts, Leipz. 1824. S. 128 fgg. u. Bb. 36
 des Comment. S. 78 fg.

des Einkindschaftsvertrags zu Grunde liegt. Wer sich zu einem solchen Vertrage bestimmen läßt, wohl wissend, daß für seine Kinder daraus nur eine Schmälerung der ihnen gesetzlich gebührenden Rechte, ohne die geringste Aussicht auf Entschädigung, entstehen könne, der handelt in fraudem legis; sein Vertrag hat mithin die Bedeutung einer Schenkung und ist gleich dieser zu rescindiren, wie dies ja auch in anderen Fällen angenommen ist, wo hinter einem onerosen Vertrag der animus donandi verborgen liegt²⁵⁾. Immer aber kann dieser Ansehungsgrund auf nachgeborne Kinder nicht bezogen werden, da in Ansehung dieser eine lieblose Gefinnung des untrenden Ascendenten sich nicht denken läßt²⁶⁾, und auch die Vorkinder, welche regelmäßig an dem Vertrage Theil nehmen²⁷⁾, haben dies Recht nur, sofern ein besonderer Grund zu einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Vertrag vorhanden ist²⁸⁾. Das

25) L. 38 D. de contrah. emt. XVIII. 1. L. 5. §. 5. L. 31. §. 4. 5 D. de donat. int. V. et U. XXIV. 1. L. 3 C. de postul. II. 6.

26) Arg. L. 5 C. de inoffic. donat. III. 29. S. Bb. 36 des Comment. S. 59 fgg.

27) PUFENDORF I. I. §. 25 — 29. Eichhorn Einleit. §. 348. S. 846. Mittermaier Grundsätze §. 322. Nr. I. Maurenbrecher Lehrb. §. 512. S. 663. Nr. I.

28) S. hierüber die Lehre von der Aufhebung der Einkindschaft in den Lehrbüchern des deutschen Privatrechts. Vgl. auch Griesinger Commentar über das Wirtemb. Landrecht zu Th. III. Tit. 9. Bb. V. S. 302 fgg. §. 77. — Uebrigens ist bisweilen wohl gar gesetzlich bestimmt, daß die Rechtswohlthat der Restitution wegen minderjährigen Alters hier nicht Statt habe. S. Trierisches Landrecht v. 1713. Tit. IX. §. 9.

Anderes ist, wenn die Verletzung im Pflichttheil ausdrücklich als ein Grund, den Einkindschaftsvertrag anzusehen, in Particularrechten angegeben ist²⁹⁾. Hier kommt die Absicht des untrennen Ascendenten natürlich nicht weiter in Betracht, sondern nur die Verletzung. Von selbst versteht sich aber, daß in allen Fällen, wo wegen verletzten Pflichttheils der Vertrag angefochten werden kann, nicht der Stand des Vermögens, wie er bei Errichtung der Einkindschaft beschaffen ist, zu berücksichtigen ist, sondern dabei auf die Lebenszeit des Erblassers gesehen werden muß, indem durch diesen Vertrag ja nicht das gegenwärtige Vermögen desselben verringert wird, wie dies bei gewöhnlichen Ehenlungen der Fall ist.

Es kann aber auch zuweilen das Nothwendige gewisser Personen durch Einkindschaft beeinträchtigt werden, oder wenigstens eine Zurücksetzung erhalten, ohne daß sie sich dieserhalb beschweren dürfen. Bedenkbar ist dies nur in Beziehung auf die Ascendenten und Geschwister³⁰⁾ der untrennen Eltern, indem ja durch den Vertrag das jus succedendi der Descendenten und ihrer leblichen Geschwister überall nicht berührt wird. Ist es nun ausgemacht, daß die unierten Descendenten-Stämme hinsichtlich ihres Erbrechts zu den Stiefeltern in das Verhältniß treten, wie wenn sie von diesen in rechter Ehe erzeugt wären, so folgt ganz von selbst, daß sie die sämtlichen Verwandten derselben in der aufsteigenden und der Seitenlinie ausschließen. Ein Anderes ist es, wenn Par-

29) Dies ist z. B. im Würtemb. Landr. geschehen, Th. III. Tit. 9. §. 14. 15.

30) Und für diese dürfte doch wohl die bekannte Regel, daß sie nur beim Vorzug einer turpis persona eine wirksame Klage haben, hier in höchst seltenen Fällen zu treffen.

ticularrechte zur wirksamen Ausschließung der Erbrechte wirklicher Verwandten eines Paciscenten deren Einwilligung erfordern ³¹⁾). Wo dies aber nicht ausdrücklich geschehen ist, da bringt es die Anerkennung dieses Instituts von selbst mit sich, daß Diejenigen, welche durch den Vertrag die Rechte leiblicher Descendenten erhalten, entfernteren Verwandten vorgehen ³²⁾). Und ein Gleiches gilt denn natürlich auch für die unirenden Ascendenten, wenn das Gesetz ihnen an dem Vermögen sämtlicher Descendenten Stämme das Erbrecht leiblicher Ascendenten ertheilt; die Stiefeltern schließen hier als die nächsten Ascendenten, die entfernteren leiblichen Ascendenten den Kinder aus ³³⁾). In Ansehung des von der Einkindschaft ausdrücklich ausgenommenen Vermögens kommen übrigens die regelmäßigen Erbfolgegrundsätze zur Anwendung.

31) Dies ist z. B. der Fall im preuss. Landr. d. d. 17. 7. 1787. §. 729, wo es heisst: „Hat Einer oder der Andere der die Einkindschaft errichtenden Ehegatten Verwandte, ist aufsteigender Linie, so muß er die Einwilligung derselben beibringen. Ist diese nicht erfolgt, so bleibt solchen Ascendenten ihr Recht auf den Pflichttheil von dem künftigen Nachlasse des die Einkindschaft schließenden Abkömmlings vorbehalten.“

32) Uebrigens sind Manche der Meinung, daß, auch ohne gesetzlich vorgeschrieben zu seyn, nicht bloß die leiblichen Ascendenten der Unirenden, sondern alle Intestaterben einwilligen müssen (s. z. B. PUFENDORF observ. T. I. obs. 200. §. 31 sqq. u. T. IV. obs. 191.); was schwerlich dem Geist des Instituts gemäß ist.

33) Wenn durch den Vertrag das Verhältniß leiblicher Geschwister für sämtliche unirte Descendenten Stämme entsteht, so werden natürlich auch die in der vierten Classe der Justinianischen Intestaterbfolgeordnung stehenden Collateralen von Stiefgeschwistern ausgeschlossen.

2) Von den, dem römischen Rechte bekannten Eheverträgen haben die meisten Aehnlichkeit mit einem Erbvertrage die *paeta de lucranda dote*, und sind auch wohl schon damit verwechselt worden (s. Note 41); wahrscheinlich gab diese Aehnlichkeit denn auch bei den Römern die Veranlassung, dem Ehemann bisweilen in Dotilverträgen die Erbfolge an dem Vermögen der Frau zuzusichern, weshalb man sich denn genöthigt sah, den Grundsatz einzuschränken, daß durch Vertrag kein Erbrecht begründet werden könne. So heißt es in einem Rescript der Kaiser Diocletian und Maximian: *Hereditas extraneis (d. s. hier diejenigen, welche kein Intestaterbrecht haben) testamento datur. Quum igitur affirmes, dotali instrumento pactum interpositum esse vice testamenti, ut post mortem mulieris bona ejus ad te pertinerent, quae dotis titulo tibi non sunt obligata, intelligis, nulla te actione posse convenire heredes seu successores ejus, ut tibi restituantur, quae nullo modo debentur*³⁴⁾. Ihre dos kann die Frau also dem Ehemann auf den Todesfall zusichern³⁵⁾, nicht aber Erbrecht. Nun konnte eine Frau

34) L. 5. C. de pact. convent. tam super dote, quam super donat. a. n. V. 14. — Auch über das Beerbungsrecht der Kinder konnte nicht einmal durch Dotilverträge etwas festgesetzt werden; L. 15. C. de pactis II. 3. — J. H. BÖHMER in der unten (Note 37) angeführten Dissertat. Cap. I. §. 5.

35) Ausgenommen werden nämlich die „bona, quae dotis titulo non sunt obligata“, d. h. diejenigen, woran der Mann kein Dotalrecht erhalten hat. S. das Schol. u. in f. ad tit. Basilic. XXIX. 5., ed. FABR. P. IV. pag. 710.

ihr ganzes Vermögen dem Manne als dos zubringen³⁶⁾, und natürlich mußte in diesem Falle das *pactum de lucranda dote* so gut gelten, wie in jedem anderen. Aber auch in diesem Falle ist der Mann nur *Singularsuccessor*³⁷⁾, und es tritt hier für ihn ein ähnliches Recht ein, wie wenn Jemand ein gesamntes Vermögen *mortis causa* geschenkt erhält.³⁸⁾ Auch wenn die Ehefrau nichts weiter hinterläßt, als was sie ihm zugebracht hat, so darf er weder auf die Rechtsmittel eines *Universalerben* Anspruch machen, noch als Erbe mit den Schulden belastet werden³⁹⁾, es kommt vielmehr zur *Intestaterbfolge*, und die *Intestaterben* fordern das, was ihnen gebührt — die *Falcidia* und, wenn sie *Roetherben* sind, auch den

36) L. 4. C. de jure dot. V. 12. L. 72. pr. D. cod. XXIII. 3.

37) L. 27. C. de jure dot. Vgl. Sam. STARK succ. ab int. Diss. VIII. Cap. V. §. 28 — 35; (er handelt hier von den Wirkungen der mit den Ehestiftungen verbundenen eigentlichen *pacta successoria*, im Gegensatz der römischen *Dotalverträge*) (J. H. BÖHMER de successione hereditaria conjugum ex pactis dotalibus. (Exercit. ad Pand. T. IV. Nr. LXXI). Cap. I. §. 3. Cap. II. §. 3. in f. u. §. 5. PUFENDORF obs. jur. univ. T. III. obs. 116. §. 2. E. F. EISENHART Diss. de pact. dotalib. ob supervenientiam liberor. haud tollendis (opusc. Nr. XIV.) §. 17.

38) S. oben S. 62.; auch W. Müller über die Natur der Schenkung auf den Todesfall (Steffen 1827) §. 45.

39) L. 27. C. de jure dot. V. 12. L. 72. pr. D. de jure dot. XXIII. 3. Freilich versteht sich auch hier allemal die Regel von selbst: *bona non intelliguntur nisi ante deducto aere alieno*, oder wie es am Schlusse der so eben angeführten Stelle heißt: „non plus esse in promissione honorum, quam quod superest deducto aere alieno.“

Pflichttheil⁴⁰⁾ — mittelst der hereditatis petitio. Zwar behauptete Glück, daß der Mann alsdann Universalsuccessor werde, wenn die Dos die ganze Erbschaft der Frau ausmache⁴¹⁾. Allein die Stelle, welche er dafür anführt, enthält einen hieher gar nicht gehörigen Rechtsatz, den nämlich, daß der Erbe des Mannes auch den fundus dotalis als Bestandtheil der Erbschaftsmasse betrachten kann⁴²⁾. Von einem Erb- oder auch nur Zurückbehaltungsrecht des Mannes ist hier überall nicht die Rede, wie sich zum Ueberflusß aus den Schlüsselworten der Stelle ergibt; zur Erbmasse des Mannes gehört das Dotalgutgrundstück, weil er, und also auch sein Erbe, dafür verantwortlich und zur Restitution verpflichtet ist; wie denn auch aus dem nämlichen Grunde Sachen, welche dem Erblasser verpfändet oder commodirt sind, einen Theil der Erbmasse bilden, und von dem Erben mit der hereditatis petitio dem Besitzer abgefordert werden⁴³⁾. Ueber-

40) S. meine doctr. Pand. Vol. III. §. 750. p. 407. Note 6. u. §. 420. a. E. Vergl. auch unten Note 46.

41) Bd. 25. dieses Comment. §. 1230. S. 14. Note 34.

42) L. 1. §. 1. D. fundo dotali XXIII. 5. „Sed et per universitatem transit praedium, secundum quod possibile est, ad alterum, veluti ad heredem mariti, cum suo tamen jure, ut alienari non possit.“

43) L. 62. D. de acq. rer. dom. XLI. 1. „Quaedam, quae non possunt sola alienari, per universitatem transeunt, ut fundus dotalis ad heredem.“ — — L. 18. in f. L. 19. pr. D. de her. pet. V. 3. — „placuit, universas res hereditatis in hoc iudicium venire, — et non tantum hereditaria corpora, sed et quae sunt non hereditaria, quorum tamen periculum ad heredem pertinet, ut res pignori datae defuncto, vel commodatae depositaevae.“ — S. meine observat. jur. Rom. Cap. I. §. 3.

haupt aber steht Gläcks Behauptung nicht bloß mit den allgemeinen Grundsätzen des römischen Rechts über die Unstatthaftigkeit von Erbverträgen im Widerspruch, sondern sie wird auch direct widerlegt, theils durch die oben angeführte L. 5. C. *de pactis conventis*, theils durch die L. 72. pr. D. *de jure dotium*, welche gerade von einem Falle handelt, wo die Frau ihr ganzes Vermögen dem Manne als dos zubrachte und dieser dieselbe in Folge eines Dotalvertrags behielt. „Mulier (heißt es hier) bona sua omnia in dotem dedit; quaero, an maritus quasi heres oneribus respondere cogatur? Paulus respondit: eum quidem, qui tota ex repromissione dotis⁴⁴⁾ bona mulieris retinuit, a creditoribus conveniri ejus non posse, sed non plus esse in promissione honorum, quam quod superest deducto aere alieno“⁴⁵⁾).

Es ergibt sich hieraus, daß durch einen römischen Dotalvertrag, wenn er auch, buchstäblich zur Anwendung gebracht, eine materielle Verletzung des Pflichttheilsrechts zur Folge haben würde, doch weder auf der einen Seite ein eigentliches Impugnativmittel für den Notherben begründet wird, noch auf der anderen den Notherben ihr Recht entzogen werden kann. Diese sind Intestaterben der Frau, und als solche auch zur Zurückforderung der dos berechtigt, welche zwar der Mann *ex pacto* behalten darf, die aber nichts destoweniger einen Bestandtheil des Nachlasses bildet, wie Alles, was auf die Art ver-

44) Die Vulg. liest *ex promissione*; der Sinn ist dadurch noch deutlicher bestimmt, aber nicht ein anderer. S. BRISSONNUS de V. 5, v. *repromissio*.

45) S. auch G. W. v. TIGERSTRÖM das römische Dotalrecht Bd. I. (Berl. 1831). S. 170.

aussetzt ist, daß der vollständige Rechtsbwerb von dem früheren Ableben des Veräußernden abhängt⁴⁶⁾. Nur die Theilnahme des Notherben an dem Betrage schließt sein Recht aus; die Eltern der Frau können daher die Legitima von dem Theil der Dos nicht in Anspruch nehmen, welchen der Mann in Gemäßheit der unter ihrem Beitritt geschlossenen Ehestiftung behalten darf⁴⁷⁾. Von einem solchen Falle ist die L. 6 C. *de pact. convent. eto.* (ebenfalls ein Rescript der Kk. Diocletian und Maximian) zu verstehen: „Si convenit, ut in matrimonio, uxore defuncta, dos penes maritum remaneret, profectitiae dotis repetitionem hujusmodi pactum inhibuisse, explorati juris est, quum deterior causam dotis, in quem casum soli patri repetitis competit, pacto posse fieri, auctoritate juris saepissime sit responsum“⁴⁸⁾. Es bezieht sich

46) So heist es von den mortis causa donationes: mortis insecuta quodammodo a bonis auferri, spe retinendi perempta (L. 42. §. 1 D. *de mort. causa donat.* XXXIX. 6), und daher findet hier, wie in den übrigen Fällen, wo ein lucrativer Erwerb erst durch den Tod des Disponenten bestätigt wird, ein Abzug der Falcidischen Quart Statt. S. L. 42. D. *et.* und L. 5. u. L. 12 C. *ad L. Falcid.* VI. 50. L. 2 C. *de mort. causa donat.* VIII. 57. L. 32. §. 1 D. *de donat. int. V. et U.* XXIV. 1. (— „cui — nämlich der Falcidischen Quart — locum fore opihor, quasi testamento sit confirmatum, quod donatum est“).

47) LEYSER med. ad Pand. T. V. Sp. 309. med. 3. 4. PUPENDORF obs. T. III. obs. 116. („De legitima parentum pactis dotallibus exclusa“).

48) Von dieser Stelle hat Glück bereits die richtige Erklärung vorgetragen Bd. 25. §. 1245. S. 372 fgg.

der letzte Theil des Rescripts nämlich auf die bekannten Vorschriften, daß der Vater dem Tochtermann durch den Dotalvertrag keine Vortheile zugestehen darf, welche dem gesetzlichen Zurückforderungsrecht der Frau widersprechen⁴⁹⁾.

Als einen renunciativen Erbvertrag des Vaters darf man dies freilich nicht ansehen, indem ein solcher Vertrag nach römischem Rechte überhaupt nicht hätte gelten können⁵⁰⁾. Ohnehin wird hier vorausgesetzt, daß die Ehegattin der väterlichen Gewalt unterworfen war; diese konnte also zu der Zeit, in welcher das Rescript erlassen wurde, überall keine Erben haben⁵¹⁾. Es entsagt der Vater hier vielmehr einem ihm selbstständig, d. h. nicht als Erben seiner Tochter zustehenden Rechte. Heute zu Tage kann man dergleichen Bestimmungen in Dotalverträgen allerdings aus dem Gesichtspuncte eines Erbverzichts betrachten, und darum tritt denn auch der Erbe als solcher dem Vertrage wirksam bei. Ob alsdann der Mann alleiniger Universalerbe durch den Vertrag wird, oder Miterbe, oder ob die gesetzlichen Erben bloß auf die Befugniß verzichten, die Dos als Theil des Nachlasses in Anspruch zu nehmen, — hängt von dem besonderen Inhalte des Vertrags ab; für die Frage, welche uns hier beschäftigt, ist dies aber vollkommen gleichgiltig.

49) C. §. B. L. 3 C. de pact. convent. u. vgl. L. 2 D. de pact. dotalib. XXIII. 4. L. 1. §. 1 in f. D. de doto prael. XXXIII. 4. L. 6 C. de jure dot.

50) L. ult. D. de suis et legit. XXXVIII. 16. L. 3 C. de collat. VI. 20. — J. H. BÖHMER de success. heredit. conjug. ex pact. dotalib. Cap. I. §. 5 in F.

51) C. Bd. 35 dieses Comment. §. 1421 a. C. 190 fgg. Nr. 1.

Eben so wenig, wie durch einen römischen Dotalvertrag, ist aber auch die Entziehung von Rotherbenrechten durch ein mit der Ehestiftung verbundenes eigentliches *pactum successorium* möglich. Denn der Rechtsbestand solcher Verträge ist nach denselben Regeln zu bestimmen, welche für alle Erbverträge gelten, und die oben bereits angeführte Parodie: Kinderzeugen bricht Ehestiftung⁵²⁾, enthält einen Ausdruck dieses Rechts in Beziehung auf das Rotherbenrecht der Descendenten.

Das Gegentheil behauptet Eisenhart⁵³⁾, jedoch aus unglaublich schwachen Gründen, denen es gleichwohl nicht an Beistimmung gefehlt hat. — Die angeführte Parodie soll nur unter der Voraussetzung Sinn und Bedeutung haben, daß die Eheverträge unter der ausdrücklichen Bedingung eingegangen sind: wenn keine Kinder aus dieser Ehe erzeugt werden. Allein dann hätte sie gerade gar keine Bedeutung; denn daß der Vertrag keine Wirkung haben kann, wenn die Bedingung wegfällt, unter welcher er eingegangen wurde, versteht sich ganz von selbst. Die anderen Gründe sind solche, welche man überhaupt wohl anzuführen pflegt, um eine willkürliche Entziehung der Rotherbenrechte durch Erbverträge zu rechtfertigen: der Pflichttheil sey eine positive Einrichtung und dem altdeutschen Rechte unbekannt, — er könne nur von einer Erbschaft gefordert werden, denn: *viventis non datur hereditas*, — die auf Testamente berechneten Impugnationsmittel leiden auf Erbverträge keine

52) S. oben S. 60. Note 38.

53) E. F. EISENHART de pactis dotalibus ob supervenientiam liberorum haud tollendis (Opusc. Nr. XIV.)

S. 21 — 28.

Anwendung u. dgl. m.⁵⁴). Einer ausführlichen Widerlegung dieser Gründe wird es hier nicht mehr bedürfen. Römisches Notherbenrecht ist auch für Deutschland als Regel anerkannt, und Erbverträge, die mit Ehestiftungen verbunden sind, können nicht andere Wirkungen haben, als wenn sie ohne diese vorkommen; das, was dem überlebenden Ehegatten zugesichert wird, ist eben nichts anders, als die hereditas, und nur von dieser, nicht von dem Vermögen des lebenden Ehegatten, fordert der Notherbe seinen Pflichttheil. Daß endlich Erbverträge die Anwendung des Notherbenrechts seiner wesentlichen Wirkung nach nicht ausschließen, wurde oben (Nr. I) gezeigt.

Aus ähnlichen Gründen soll denn auch den Ascendenten durch successorische Eheverträge ihr Notherbenrecht willkürlich entzogen werden können, wobei denn aber noch ein besonderes Gewicht darauf gelegt wird, daß diese gewöhnlich den Ehevertrag selber abschließen, oder doch Theil daran nehmen⁵⁵). Indessen ist dies ein durchaus nichtsagender Grund; denn daß die Ascendenten als mitpacisirende Theile auf ihr Pflichttheilsrecht insoweit verzichten, als dem Ehemann ein unwiderrufliches Recht an dem Totalvermögen eingeräumt wird, ist nicht zu

54) Uebrigens wird zugestanden, daß die Praxis eine willkürliche Entziehung des den Descendenten gebührenden Pflichttheils nicht gestatte, jedoch mit der Einschränkung, daß die Forderung gegen den Vertragserben nie den Betrag der Legitima übersteigen dürfe (EISENHART I. I. S. 29). Auch diese Einschränkung ist oben bereits einer Kritik unterworfen und versucht worden, deren Unrichtigkeit nachzuweisen.

55) EISENHART diss. cit. §. 19. 20.

bezweifeln; nur ob es ihnen ohne ihre Theilnahme an dem Vertrag (welche doch gewiß nicht immer erfolgt) entzogen werden kann, steht hier zur Frage. Diese Frage wird auch von Georg Heinrich Myrer⁵⁶⁾ bejaht; indessen die Gründe desselben sind um nichts besser, und überdies finden wir hier das Recht der römischen *pacta dotalia* und das der deutschrechtlichen successorischen Eheverträge so durcheinander geworfen, daß man sich die Verworrenheit nicht größer denken kann. Unter anderen argumentirt der Verfasser so: durch Dotalverträge wird keine Universalsuccession begründet, folglich auch kein Rotherbenrecht verletzt. Darf nun gleich heut zu Tage auch über Succession dadurch verfügt werden, so bleiben diese Verträge doch immer *pacta dotalia*, mithin kann auch jetzt weder von *hereditas*, noch von einem Pflichttheilsrecht die Rede seyn⁵⁷⁾. Diese Schlußfolgerung leidet an allen nur erdenklichen Mängeln. Diese näher zu beleuchten wird nicht nöthig seyn, zumal ich glauben darf, durch die obige Ausführung das Resultat hinreichend begründet zu haben, daß a) auch durch römische Dotalverträge Rotherbenrechte nicht willkürlich verletzt werden dürfen, b) wahre Erbverträge aber, welche die Intestaterbfolge ausschließen sollen, mögen sie unter Ehegatten oder unter anderen Personen vorkommen, in Beziehung auf verletztes Rotherbenrecht dieselbe Wirkung erzeugen, wie Testamente.

Noch ist ein Punkt, welcher bisweilen Gegenstand,

56) Die Dissertation de legitima parentum pactis dotalibus exclusa (Goett. 1748) ist wenigstens unter Myrer's Vorſiß vertheidigt. Als Auctor und Respondens wird Sigism. Jah. von der Hump genannt.

57) Diss. cit. §. 12 sq.

wenn auch nicht gerade gelehrt, doch gerichtlicher Streifigkeiten geworben ist, hier nicht ganz mit Still-
schweigen zu übergehen. — Eheverträge werden nicht
bloß von den Hauptpersonen, d. s. hier die Verlobten
oder Ehegatten selbst, eingegangen, sondern häufig con-
curriren dabei auch noch andere Personen, namentlich die
Eltern, wenn auch manche Puncte lediglich das persön-
liche Interesse der Ehegatten selbst betreffen. So hat
man denn auch in Deutschland nie Bedenken getragen,
Verabredungen über die Erbfolge der Ehegatten in sol-
chen Verträgen zu treffen, an welchen andere Personen
Theil nehmen, ohne daß darin von deren Beerbung oder
Successionsrechten die Rede ist. Sind dies nun Noth-
erben der Ehegatten, so können sie sich ihr Notherbena-
recht wirksam vorbehalten; geschieht das nicht, so ist an-
zunehmen, daß sie darauf verzichtet haben⁵⁸⁾. Indessen
hat hier der, nicht eben zum Heile der Wissenschaft wie
der Praxis, aufgekommene Unterschied zwischen *pacta*
dotalia oder *successoria simplicia* und *mixta*⁵⁹⁾, bis-
weilen Bedenkllichkeiten erregt. Im Allgemeinen versteht
man unter diesen die zwischen Ehegatten errichteten Erb-
verträge, welche nach Art einseitiger letzter Willensord-
nungen auch einseitig wieder aufgerufen werden können.
Die Vertragsform muß sich natürlich auch bei ihnen
finden. Wenn nun also Notherben an einem solchen
Vertrage Theil genommen haben, so fragt es sich, ob
nunmehr auch ihnen das Recht des einseitigen Wider-
rufs zugestanden werden kann? Wenn man die juristi-

58) Arg. L. 8. §. 15 in F. D. *quib. mod. pign. solu.* XX.

6. — LEYSEN med. ad Pand. Sp. 309, m. 4.

59) Vgl. darüber auch Bd. XXV dieses Comment. §. 1246.

§. 374 fgg.

sche Bedeutung der f. g. *pacta mixta* fest ins Auge faßt, so wird man nicht umhin können, die Frage zu verneinen. Sie haben die Bedeutung der Testamente, natürlich aber nur für das Verhältniß zwischen Erblasser und Erben; denn die an dem Vertrage Theil nehmenden Notherben testiren nicht, sondern sie verzichten auf Rechte, oder behalten sich Rechte vor. Für diese hat mithin das Geschäft immer die Wirkung eines wahren Vertrags, von welchem ein Paciscent wider den Willen des Andern nur abgehen kann, wenn er sich dies geradezu, oder durch hinzugefügte Bedingungen und Limitationen vorbehalten hat. Und das gilt nicht bloß für einen Verzicht, sondern auch für sonstige Zusicherungen, welche ein solcher Paciscent gemacht hat. So war ein Vater dem Vertrage beigetreten, worin die von ihm gegebene das auf den Fall einer Trennung der Ehe durch den Tod der Tochter dem Schwiegersohne zugesichert wurde. Für die Ehegatten selbst bestand der Vertrag als *pactum mixtum*, und darauf gestützt, wollte der Vater nach dem Tode der Tochter die das zurücknehmen, wurde aber aus dem richtigen Grunde abgewiesen, daß in Ansehung seiner Person das Geschäft nicht als einseitige letzte Willensordnung, sondern als wahrer Vertrag be-
stehe⁶⁰⁾.

60) *Lyska med. ad Pand. Sp. 309. med. 2.*

Lib. XXVIII. Tit. III.

De injusto, rupto irrito facto testamento.

§. 1426.

Von ungiltigen Testamenten überhaupt.

Unter ungiltigen Testamenten versteht man im Allgemeinen diejenigen, welche entweder gar keine Wirkungen haben können, oder doch in Ansehung ihres hauptsächlichsten Inhalts (der Erbeeseinsetzung) nicht zu Recht beständig sind⁶¹⁾. Die sämtlichen Gründe ungiltiger Testamente lassen sich auf zwei Hauptclassen zurückführen: entweder besteht das Testament nicht wegen gleich

61) Es giebt noch besondere Gründe, aus welchen einzelne Verfügungen des Testaments, namentlich Vermächtnisse wegfallen; so die Eigenschaft des Objects (s. z. B. L. 39. §. 8 — 10 D. de leg. I. u. §. 10 J. de leg.). Vgl. besonders unten den Titel *de adimendis vel transferendis legatis vel fideicommissis* (XXXIV. 4). Indessen wird der Ausdruck Testament hier nicht in dem weiteren Sinne, für jede einseitige letztwillige Anordnung genommen, sondern in seiner engeren Bedeutung, als letzte Willenserklärung, welche die Einsetzung eines s. g. directen Erben enthält (§. 34 J. de legat. §. 2 J. de co-dicillis); hierauf beschränkt sich also die im Folgenden zu gebende Uebersicht ungiltiger Testamente.

Anfangs vorhandener Mängel — s. g. testamentum nullum in genere⁶²⁾, — oder es wird seine Gültigkeit und Wirksamkeit aus solchen Gründen gehindert, die erst nach Errichtung desselben eintreten.

I. Die zur ersten Classe gehörigen Gründe sind wieder dreifacher Art. Entweder beruhen sie in subjectiven Mängeln, oder in der Beschaffenheit der Willens-erklärung, oder in dem Inhalte derselben. Ein Testament, welches in diesen sämtlichen Beziehungen fehlerfrei ist, heißt in den Quellen testamentum jure perfectum, auch jure factum, im Gegensatz des non jure factum, auch imperfectum⁶³⁾. Der bei den Neueren

62) G. H. D. Weber Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld Bb. 2. zu Lib. 28. Tit. 3. §. 1426. §. 227.

63) L. 2. §. 1 D. *testamenta quemadm. aper.* (XXIX. 3). — L. 6. pr. D. *de lege Cornelia de falsis* (XLVIII. 10). „Si quis legatum sibi adscripserit, tenetur poena legis Corneliae, quamvis inutile legatum sit; nam et eum teneri constat, qui eo testamento, quod postea ruptum, vel etiam quod initio non jure fieret, legatum sibi adscripserit. — — — Non jure factum testamentum id appellatur, in quo si omnia rite facta essent, jure factum diceretur.“ Wort und Begriff passen hier vollkommen auf jedes Testament, welches wegen eines anfänglichen Mangels nicht bestehen kann. Indessen ist es nicht unwahrscheinlich, daß der Jurist dabei nur an einen Formmangel gedacht habe, wie dies entschieden der Fall ist in L. 1 D. *h. t.*, und auch wohl in L. 18 D. *de leg. III*, wo dem „jure testamento facto“ die nuda voluntas als t. non jure factum entgegengesetzt wird, ferner in dem Institutionen-Titel *quibus modis testamenta infirmantur*. Auch in L. 12. §. 1 D. *de bon. poss. contra tab.* (XXXVII. 4) „Si prius testamentum exstet jure factum, quo filius ex-

so häufig vorkommende Gegensatz zwischen äusseren und inneren Mängeln und der darauf gegründete Unterschied zwischen *injustum* und *nullum testamentum* umfaßt bei weitem nicht die sämtlichen Gründe ungiltiger Testamente⁶⁴).

A) Die subjectiven Mängel haben hauptsächlich ihren Grund in der fehlenden Testamentsfähigkeit oder *testamentifactio*⁶⁵), welche die Neueren in die active und die passive eintheilen⁶⁶). Wer weder die eine noch *heredatus est, sequens imperfectum, in quo praeteritus sit filius*“ — sind die Ausdrücke wohl auf äussere Mängel einzuschränken. S. Bd. 36 des Comment. S. 321 fg. Note 10, und ein Gleiches gilt von dem *testamentum posterius rite perfectum* in L. 2 D. h. t. Dagegen wird die *institutio jure facta* in L. 25 in f. D. de lib. et post. auf den Inhalt des Testaments bezogen. — Vgl. auch noch Jos. AVERANII Interpr. jur. Lib. V. Cap. 28. §. 8. „*jure factum dicitur (test.), quod valet jure civili, imperfectum, quod Praetoris auctoritate sustinetur.*“ — Unabänderlich feststehend waren freilich die Ausdrücke, wodurch die Ungiltigkeitsgründe der Testamente bezeichnet wurden, keineswegs. S. Bd. 37 des Comment. S. 251 u. unten Note 74.

64) Diese Distinction findet sich namentlich auch bei HELLFELD im gegenwärtigen §.

65) Der Ausdruck *testamenti factio* hat freilich auch noch eine weitere Bedeutung, wonach er auf das gesammte Testamentenrecht bezogen wird; L. 3 D. qui test. fac. poss. S. hierüber Bd. 33 des Comment. S. 1403. S. 341 fgg.

66) Von jener war oben die Rede, Bd. 33 des Comment. S. 1404. S. 347 fgg. u. Bd. 34. §. 1407. S. 53 — 149; von dieser wird im Titel *de heredib. instituendis* (XXVIII. 5) gehandelt werden.

die andere hat wird *intestabilis* genannt⁶⁷⁾. Nahe verwandt mit dem Mangel der activen Testamentifactio, und den Wirkungen nach gleich ist die mangelnde Willensfähigkeit^{67a)}. Durch einen besonderen Kunstnamen ist übrigens das Testament, welches an einem Mangel dieser Art leidet, weder bei den Römern, noch bei den Neuern ausgezeichnet⁶⁸⁾.

B) Die Mängel der zweiten Art (welche in der Beschaffenheit der Willenserklärung ihren Grund haben) können sehr mannigfach seyn. Entweder 1) fehlt es an der freien Willensbestimmung⁶⁹⁾, oder 2) an der erforderlichen Selbstständigkeit der Willenserklärung⁷⁰⁾, oder

67) S. THEOPHILI Paraphr. ad s. 6. J. *de testam. ordin.* VINNIUS in comment. ad eund. loc. nr. 5; und SCHRAEDER in seiner Ausg. der Institutionen das. *ad verba: quem leges jubent improbum intestabilemque esse.* — Vgl. Bd. 33 des Comment. S. 350 fgg. Nr. 6.

67a) S. darüber den Titel der Institutionen *quibus non est permissum facere testamentum* und oben Bd. 33. §. 1404. a — d. S. 350 — 420.

68) Uebrigens paßt der Ausdruck *nullius momenti*, oder *nullum test.* vollkommen auch hierauf, da ein solches Testament schlechthin ungiltig ist. Höpfner wendet daher mit Recht hier, wie in anderen Fällen, welche durch technische Benennungen nicht ausgezeichnet sind, den Ausdruck *t. nullum in specie an*; Commentar §. 514.

69) S. darüber Bd. 33 des Comment. §. 1405. S. 420 — 440. Es gehört hierher aber auch der Inhalt des erst weiter unten folgenden Titels *Si quis aliquem testari prohibuerit vel coegerit* (XXIX. 6).

70) S. Bd. 33. des Comment. §. 1406. S. 440 fgg. und Bd. 34. S. 1 — 26. Damit ist aber noch die Vorschrift des *Scutum Libonianum* in Verbindung zu setzen, wegen Un-

3) an einem deutlichen und verständlichen Ausdruck⁷¹⁾; oder 4) an Vollständigkeit der Erklärung, sey es in Ansehung der Form oder des Inhalts⁷²⁾ — was *imperfectum testamentum* im eigentlichen Sinne heißt⁷³⁾ — oder endlich 5) an der gehörigen Form, wofür wohl vorzugsweise der Ausdruck *testamentum non jure factum* (s. Note 63) auch *injustum*⁷⁴⁾ gebraucht wurde

giltigkeit der Anordnungen, welche derjenige zu dessen Vortheil oder Gunst sie gereichen, selbst in dem Testament niederschreibt. Die nähere Erklärung hierüber kann erst unten beim §. 1564 erfolgen.

71) L. 4 D. *de reb. dabus.* (XXXIV. 5) L. 2 D. *de his quae pro non scriptis habentur* (XXXIV. 8). — C. unten §. 1442, auch §. 1564. Nr. 2 (bei Hellfeld).

72) C. darüber §. 1430 gegen das Ende.

73) L. 6 pr. D. *de lege Cornelia de falsis* (XLVIII. 10). — „Hoc tunc verum est; quum *perfectum testamentum* erit; caeterum si non signatum fuerit“ u. s. w. Offenbar wird hier der Ausdruck *perfectum testamentum* im Gegensatz der noch nicht vollendeten Förmlichkeit gebraucht. Geradezu wird das unvollständige Testament so genannt in §. 7 in f. Inst. *quib. mod. test. infirm.*

74) Der Ausdruck *injustum testamentum* findet sich ausser der Rubrik unseres Pandektentitels, in dem hier angenommenen Sinne auch noch in L. 2. §. 1 D. *test. quemadm. aper.* (XXVIII. 3); L. 9. §. 1 C. *de suis et legitimis* (VI. 55), ferner bei THEOPHILUS ad pr. Inst. *quib. mod. infirm. test.* Daß es Kunstausdruck war, beweist die Beibehaltung des lateinischen Ausdrucks bei THEOPHILUS. Weber meint, daß der Ausdruck *injustum test.* besser für ein fälsches Inhalts wegen ungültiges Testament, als für ein unförmliches gepaßt habe (zu Höpfners Commentar §. 515. Note 1

De injusto, rupto irrito facto testamento. 423.

(L. 1 pr. D. h. e. „Testamentum — non jure factum dicitur, ubi solennia juris defuerunt“).

C) Wegen ihres Inhalts sind Testamente gleich Anfangs nicht zu Recht beständig, wenn derselbe 1) an sich unausführbar ist⁷⁵⁾, oder 2) mit gesetzlichen Vorschriften nicht bestehen kann. Dahin gehören die Testamente mit captatorischen Anordnungen⁷⁶⁾, hauptsächlich aber solche, worin Notherbenrechte verletzt sind; diese pflegt man vorzugsweise *nulla testamenta*, oder auch *nulla in specie* zu nennen, wenn ein durch das *jus civile* angeordnetes förmliches Notherbenrecht verletzt ist^{76 a)}, im Gegensatze eines *testamentum reseissum*,

und Erläut. der Pand. Bd. 2. §. 1426. Nr. d. C. 227). Indessen wird derselbe ja auch sonst keineswegs immer auf materielle Rechtswidrigkeit bezogen, sondern bedeutet vielmehr vorzugsweise, was nach juristischen Regeln und Begriffen nicht gültig ist; z. B. *injustum matrimonium* in L. 1. pr. D. *unde vir et uxor* (XXXVIII. 11); *injusta uxor* in L. 13. §. 1 D. *ad Leg. Jul. de adult.* (XLVIII. 5), u. a. m. So bedeutet auch der häufig vorkommende Ausdruck *testamentum non jure factum* meistens ein unförmliches Testament. Jedoch so wie dieser Ausdruck, so wird auch *injustum testamentum* bisweilen von einem Testament gebraucht, worin Notherben übergegangen sind, z. B. in L. 3. §. 3. L. 6. §. 1. L. 12 pr. D. h. e. Vielleicht auch in L. 26 D. *de inoff. test.* — Vgl. Bd. 36. des Comment. C. 316 fgg.

75) Wie z. B. die Testamente, worin ein Erbe unter einer nicht eingetretenen *conditio in praesens* vel in *praeteritum collata* eingesetzt ist; L. 16 D. h. e.

76) Das Nähere hierüber unten s. 444.

76a) Der röm. Ausdruck ist: *pulsus momenti testamentum*; so in L. 1 D. h. e. — Vgl. hierbei noch Bd. 36. C. 309 a. C. u. C. 310.

welches als *inofficiosum* oder durch *contra tabulas Bonorum possessio* rescindirt wird⁷⁷⁾. Diese letztere Bezeichnung ist auch gewiß richtiger, als wenn man z. B. von einem *testamentum nullum jure Praetorio* spricht. Jedoch ist es aus logischen Gründen nicht zu rechtfertigen, wenn man die *testamenta rescissa* der zweiten Hauptklasse (s. die fg. Nr. II) unterordnet, wie so häufig geschieht⁷⁸⁾, indem die Rescission sich ja keineswegs auf solche Ursachen gründet, die erst nach Vollziehung des Testaments hinzugekommen sind, sondern auf einen gleich Anfangs vorhandenen Mangel.

II. Aus Gründen, welche erst nach errichtetem Testamente eintreten, wird das Testament entweder *ruptum*, oder *irritum* oder *destitutum*⁷⁹⁾. *Ruptum* wird es

77) Den Ausdruck *rescissum testamentum* darf man keineswegs auf das *inofficiosum* beschränken, wie häufig geschieht (S. z. B. Hellfeld in dem gegenwärtigen S. u. Mackelden Lehrb. des heut. röm. Rechts §. 678); mit Recht gebrauchen ihn auch von dem durch *contra tabulas B. P.* aufgehobenen Testament H. DONELLUS *comment. jur. civ. Lib. VI. Cap. XVI. §. 19.* (b. Ausg. von König) und Weber in Höpfners *Comment. §. 524* und in der Erläuterung der *Pand.* Bd. 2, S. 1426 a. E.

78) So namentlich von Hellfeld in diesem S. und von Weber *Erläuter. der Pand. a. a. O. Nr. II.*

79) Tit. Inst. *quibus modis test. infirm.* L. 1 D. h. t. Hier wird der Ausdruck *irritum* für *destitutum* gebraucht („aut in irritum constituitur, non adita hereditate“). Eben so in L. 20. pr. D. de B. P. c. t. (XXXVII. 4) u. L. 20. pr. D. de manum. test. Get. nebst *ruptum testamentum* in L. ult. D. de his quae in test. dol. (XXVIII. 4), L. 15. pr. in f. D.

De injusto, rupto irrito facto testamento. 125

entweder durch den veränderten Willen des Testirenden (§. 1428—1431), oder durch Agnation eines im Testament nicht gehörig berücksichtigten Postumus (§. 1432); irritum dadurch, daß der Testirer eine capitis deminutio erleidet (§. 1433), destitutum dadurch, daß der eingesetzte Erbe entweder die Erbschaft nicht haben will, oder die Erbfähigkeit verliert.

Die regelmäßige Wirkung nun der gleich Anfangs vorhandenen, wie der später erst hinzukommenden Gründe, welche dem Rechtsbestande der letztwilligen Anordnung entgegenstehen, ist vollständige Ungiltigkeit der Verfügung^{79a)}. Von den erheblichen Modificationen dieser Regel für die Fälle, wo die Ungiltigkeit in einer Verlegung des Rotherbenrechts ihren Grund hat, ist bereits

de test. mill. (XXIX. 1). Ueber den allgemeinen und den technischen Gebrauch dieser Ausdrücke findet sich bei Gaius (Inst. II. §. 146) und in den Institutionen Justinians (§. 5 quib. mod. test. infirm.) folgende Aeusserung: „Hoc autem casu (nämlich wenn der Testirer eine capitis deminutio erlitten hat) irrita fieri testamenta dicemus, cum alioquin et quae rumpuntur irrita fiant, et quae statim ab initio non fute sunt irrita sint. Sed et ea, quae jure facta sunt et postea propter capitis diminutionem irrita fiant, possunt rupta dici. Sed quia sane commodius erat, singulas causas singulis appellationibus distinguere, ideo quaedam non jure fieri dicuntur, quaedam jure facta rumpi vel irrita fieri.“ Theophilus bemerkt, dabei: auf Testamente, welche nach prätorischem Rechte nicht bestehen könnten, beziehe man diese Ausdrücke nicht.

^{79a)} L. 2 §. 1 D. test. quib. mod. infirm. (XXIX. 3). C. contra Rote VI des folg. §.

ausführlich gehandelt⁸⁰⁾. Andere Gründe sind ebenfalls schon erörtert⁸¹⁾, in dem gegenwärtigen Titel aber ist besonders die Rede von dem *injustum, ruptum, irritum und destitutum testamentum*; die noch übrigen Fälle werden weiter unten zur Sprache kommen⁸²⁾.

§. 1427.

Insbefondere I) vom *testamentum injustum*.

Testamentum injustum ist also dasjenige, wobei die gesetzlich vorgeschriebenen Formalitäten — *solemnia juris* — gar nicht oder nicht gehörig beobachtet sind. Die Wirkung eines solchen Mangels ist, daß das Testament in keinem Stücke besteht⁸³⁾. Zwar hat es nicht an Juristen gefehlt, welche auch hierauf das Recht der Nov. 115. anwenden wollten, also behaupteten, daß nur die Erbeinsetzung über den Haufen falle, die übrigen Theile des Testaments bestehen bleiben⁸⁴⁾. Wenn man

80) In den drei vorausgehenden Bänden (35—37) dieses Commentars.

81) S. die Noten 66, 69 u. 70 zu diesem §.

82) Insbepondere in den Titeln *de his quae in test. delentur* (XXVIII. 4), *de heredibus instit.* (XXVIII. 5), *de condit. instit.* (XXVIII. 7), *de regula Catoniana* (XXXIV. 7), *de his quae pro non scriptis habentur* (XXXIV. 8). Vgl. auch meine *doctrina Pand.* Vol. III. §. 704.

83) L. 23. L. 29. C. *de fideicommissis*. (VL 42.).

84) Manche halten es auch für eine Gewissenspflicht des Intestaterben, den formlosen letzten Willen ganz gelten zu lassen. M. s. über diese Meinung STRYK Synt. jur. civ. Exerc. XXXII. Th. 16. STRYK Cautel. test. Cap. XIV. §. 33. und Joh. Fr. Hertel polit. Theor. und Recess. Lassen Nr. XX. b. S. 87 fg. und die hier angeführten

indessen auch berechtigt ist, die Novelle nicht für ein bloß correctorisches Gesetz zu halten, d. h. für ein solches, welches nur in einzelnen Punkten abändernd ist⁸⁵⁾, so darf man darum dem Gesetz doch keine Ausdehnung geben, welche seinem Gegenstande und seinem Zwecke völlig fremd ist. Die Novelle bestimmt die Wirkungen des verletzten Notherbentrechts; zwischen diesem und den Vorschriften über die *juris solennia* ist aber nicht die geringste Analogie vorhanden. Formfehler, welche sich auf das Geschäft im Ganzen beziehen, müssen, so gut wie der mangelnde Consens, ihre Wirkungen auf alle Theile des Geschäfts erstrecken; wogegen es eben so natürlich erscheint, daß ein Notherbe nur an die Stelle Dessen tritt, durch den er ausgeschlossen ist, und daher denn auch die diesem gemachten Auflagen erfüllen muß, versteht sich, soweit er selbst damit belastet werden kann. Allerdings beruht die Form bloß auf positiver Vorschrift, das Gesetz kann daher ohne Zweifel Modificationen jener regelmäßigen Wirkung eintreten lassen. Regel bleibt es indessen immer: das Gesetz erkennt ein Rechtsgeschäft überhaupt nur als ein solches an, wenn es ihm nicht an der vorgeschriebenen Form fehlt⁸⁶⁾; Modificationen dieser Regel müssen allemal nachgewiesen werden. Es hat daher die Ansicht von der nur theilweisen Ungültigkeit unformlicher Testa-

Schriftsteller. Auch VINNIUS ad §. 3. J. de test. ordin. Nr. 8. ist derselben zugethan, und auf gewisse Weise hat diese Ansicht selbst im röm. Rechte Grund, obgleich man hierbei begreiflich nicht an eine klagbare Verbindlichkeit denken darf. S. unten Note 39. dieses §.

85) C. Bb. 37. des Comment. §. 1425 c. C. 340 fgg.

86) L. 5. C. de legib. (L. 14).

mente auch keinen Beifall gewinnen können⁸⁷⁾, ja die meisten Schriftsteller erwähnen dieselbe gar nicht einmal. Auch ist die gemeine und richtige Lehre durch des Kaisers Maximilian I. Notariatsordnung⁸⁸⁾ ausdrücklich anerkannt. Uebrigens finden wir dieselbe durch Particulargesetze bisweilen modificirt⁸⁹⁾, wohin man denn auch wohl die Bestimmung zählen darf, daß die Codicillarclausel, auch wenn sie nicht dem Testamente hinzugefügt ist, sich von selbst verstehen soll⁹⁰⁾. Denn bekanntlich hat diese Clausel, wenn sie einem in Ansehung der Form mangelhaften Testamente beigefügt ist, die Wirkung, daß das Testament nunmehr als Codicill aufrecht erhalten wird⁹¹⁾; nur versteht es sich, daß die zu einem Codicill gehörigen Solennitäten hier nicht fehlen dürfen.

Im Uebrigen ist es gleichgiltig, ob die gesetzliche Form ganz fehlt, oder ob nur das eine oder andere Erforder-

87) S. Heilfeld in diesem §. und das. Note c.

88) Not. D. v. 1512. II. §. 12.

89) 3. B. im Cod. Max. Bavar. Th. III. Cap. 3. §. 24. Nr. 3. sind die in einem solchen Testamente angeordneten legata für gültig erklärt. Es wurde dies früher als gemeinrechtlich von vielen Juristen angenommen, weil es bei diesen Vermächtnissen nur auf den Beweis des Willens ankomme (s. Preitmayr in den Anmerk. zu dieser Stelle Nr. 4b. Bd. V. S. 1084), allein auch von Anderen aus dem richtigen Grunde verworfen, daß ja doch jedenfalls zwei Zeugen hierzu erforderlich seyen. So erkannte die Göttinger Juristen-Facultät gegen die Gültigkeit solcher Vermächtnisse, die in einem nicht vor Zeugen errichteten Testamente angeordnet waren. S. REINHARDT ad Christinaei decis. Vol. IV. obs. 37.

90) S. 3. B. Röst. Stadtr. Th. I. Tit. 1. Art. 26.

91) L. 29. D. qui test. fac. poss. L. 88. §. 17. D. de leg. II.

niz nicht vorhanden ist; wenn also auch nur einem der sieben Testamentszeugen die rechtliche Qualität fehlt, oder nur einer nicht unterschreibt; so ist im Rechtsinne das Testament als gar nicht existirend anzusehen. Diesem gemäß schreibt Ulpian in dem neununddreißigsten Buche seines Commentars über das Edict: „Si quis ex testibus nomen suum non adscripserit, verumtamen signaverit, pro eo est, atque si adhibitus non esset; et si, ut multi faciunt, adscripserit se, non tamen signaverit, adhuc idem dicemus“⁹²⁾. Zwar gab der Prätor aus einem Testamente, welches von sieben Zeugen besiegelt war, wenn auch die civilrechtliche Form fehlte, eine secundum tabulas honorum possessio⁹³⁾. Allein dies prätorische Testament⁹⁴⁾ ist im neueren Rechte abgeschafft⁹⁵⁾, und so gilt denn Ulpian's so eben angeführte Aeußerung gemeinrechtlich ohne andere Einschränkungen, als welche durch die Codicillarclausel und durch Testamentsprivilegien bewirkt werden können.

Indessen meinen Manche, daß ein geringer Fehler in der Form, z. B. ein fehlendes Zeugen-Sigill, nicht in Betracht komme, sobald nur kein Verdacht eines Betrugs vorhanden sey. Die Wittenberger Juristen-Facultät erklärte diesemnach ein Testament für gültig, welches von der Testatrix in Abwesenheit der sieben Zeugen unterschrieben war, weil dieselbe in Gegenwart des No-

92) L. 22. §. 4. D. qui test. fac. poss.

93) Gaj. inst. II. §. 119 u. §. 147. — §. 2. J. de testam. ord.

94) So heißt es gewöhnlich nicht bloß bei den Neueren, sondern auch Theophilus in der Paraphrase zu §. 2. J. de test. ordin. legt ihm diese Benennung bei.

95) §. 3. J. de test. ordin. — C. Bd. 34. d. Comment. §. 1412 b. C. 270 fgg.

Glücks Erlaut. d. Pand. 38. Th.

sach und der Jengen auf ihre Hand und Pestschaft ge-
wiesen und solche für die ihrigen erklärt hatte⁹⁶). In-
dessen ist es doch eine höchst bedenkliche Sache, sich auf
diese Weise über positive Rechtsformalitäten hinweg zu
setzen. Wer von dem Grundsatz ausgeht, daß das Ge-
ringere unbeachtet bleiben dürfe, erhebt sich über den Ge-
setzgeber, und ein solcher Grundsatz macht das positive
Gesetz nothwendig zum Spielball der Willkür und zum
Gegenstande steter Zweifel und Streitigkeiten. Denn wo
ist hier die Gränze aufzufinden, zwischen dem geringeren
und dem größeren Fehler? Was der Gesetzgeber für
nöthig erklärt hat, muß auch dafür gehalten werden⁹⁷),
und mit Recht sagt daher A. D. Weber, welcher doch
gewiß nicht zur Klasse der Regulieren gehörte: das *con-
tramentum injustum* falle ganz über den Haufen der
Fehler, sey groß oder klein⁹⁸). Allerdings kann
man, wenigstens von dem legislativen Standpunkte aus,
wohl annehmen: über Zweck, den Testamentsformalitäten
sey hauptsächlich darauf gerichtet, über die Rectheit und
den Inhalt letztwilliger Verfügungen den möglichsten Grad
der Gewisheit zu bewirken⁹⁹). Allein der Gesetzgeber
hat durch Aufstellung von Formalitäten zugleich die Be-
dingungen bestimmt, unter welchen diese Gewisheit
überhaupt nur anerkenne. Darum wird denn auf das Ge-
naueste unterschieden zwischen den Solennitäten und dem

96) LEYSER med. ad Pand. Vol. V. Sp. 355. med. 5. Bgl.
auch Vol. XI. Suppl. Sp. 351. med. 1.

97) Meine Beurtheilung des Stäbelschen Beerbungsfalls
S. 17 f. 18.

98) Erläuter. der Pand. Bb. 2. s. 1426, S. 227. Nr. c.

99) S. Bb. 35. des Comment. S. 39. Nr. 3.

bloßen Beweise der Willenserklärung eines Testirers, namentlich in einem Rescript der Kaiser Diocletian und Maximian, wo es heißt: „Si unus de septem testibus defuerit, vel coram testatore omnes eodem loco testes suo vel alieno annulo non signaverint, jure deficiet testamentum. De his autem, quae interleta sive suprascripta dicis, *non ad juris solennitatem, sed ad fidei pertinent quaestionem*, ut appareat, utrum testatoris voluntate emendationem meruerint, vel ab altero inconsulte deleta sint, an ab aliquo falsa haec fuerint commissa“¹⁰⁰⁾. Fehlt also auch nur ein Zeuge, oder haben die Zeugen nicht in des Testirers Gegenwart unterschrieben und besiegelt, so kann das Testament nicht bestehen, wenn gleich die Richtigkeit der letzten Willensordnung auf andere Weise bewiesen werden könnte; die Fragen dagegen: ob eine im Testament sich findende Auslöschung oder Aenderung von dem Testirer herrühre, ob sie unbeabsichtigt erfolgt, oder durch ein Falsum bewirkt sey, sollen auf gewöhnliche Art zum Beweisverfahren gestellt werden. Wenn daher vom Beweise einer letzten Willensordnung die Rede ist, so wird darunter keineswegs das der Beweis verstanden, daß der Testirer sich wirklich so geäußert habe, wie behauptet wird, sondern daß er seinen letzten Willen unter Beobachtung der gesetzlichen Solennitäten errichtet habe. Hierauf können denn freilich auch Vermuthungsgründe angewandt werden, d. h. man kann aus gewissen Thatfachen schließen, daß ein producirtes Testament ächt und die Solennitäten beobachtet seyen¹⁾;

100) L. 12. C. de test.

1) PUFENDORF obs. jur. univ. T. II. obs. 144.

keineswegs aber darf man die entschieden nicht beobachteten Formalitäten als vorhanden annehmen, weil die Willensmeinung des Testirers selbst keinem Zweifel unterworfen ist.

Indessen beruft sich Leyser für seine Meinung auf zwei Stellen im römischen Rechte, welche aber, wenn sie buchstäblich und in voller Allgemeinheit verstanden werden dürften, offenbar zu viel beweisen würden, indem sie hiernach den Ausspruch enthalten müßten: auf Solennitäten komme überall nichts an! Die eine dieser Stellen ist die L. 183. D. *de regulis juris*: „Etsi nihil facile mutandum est ex solennibus, tamen, ubi aequitas evidens poscit, subveniendum est.“ Diese Regel gehört zu den vielen, welche wir in dem Titel *de regulis juris* und sonst im römischen Rechte finden, die, in unbedingter Allgemeinheit verstanden, mit anderen Rechtsgrundsätzen im offenbarsten Widerspruche stehen würden. Der Satz, worauf sie sich bezieht, findet sich vollständiger in der L. 7. D. *de in integr. restitutionib.* (IV. 1.), und daraus sehen wir denn, daß die solennia, wovon hier die Rede ist, *judiciorum solennia* sind, oder die regelmäßige Ordnung des gerichtlichen Verfahrens: wozu ohne seine Schuld auf die richterliche Ladung nicht erschienen ist, soll gegen die daraus ihm erwachsenen Nachtheile restituirt werden²⁾. In der zweiten Stelle³⁾ heßt

2) S. Jac. GOTHOFREDUS ad L. 183. D. *de reg. jur.* (in opusc. ed. TROTZ p. 1187 sq.) — Vgl. auch MÜLLER observat. præct. ad Leyseri med. T. I. Fasc. 1. obs. 5. p. 29 sq. Westphal in der unten (Note 6) angeführten Schrift S. 19. Meine Beurtheilung des Städel'schen Beerbungsfalls S. 26 fg.

3) L. 15. C. *de testamentis*.

der Kaiser Constantin die Nothwendigkeit auf, bei der Erbeseinsetzung bestimmte Formeln und Ausdrücke zu gebrauchen, „quoniam indignum est, ob inanem observationem irritas fieri tabulas et judicia mortuorum.“ Wie kann man nun hieraus eine Regel bilden, welche alles förmliche Recht geradezu zerstören würde!

Eine andere Frage ist: ob in Nothfällen ein Testament ohne Beobachtung der vorgeschriebenen Solennitäten errichtet werden dürfe? Man sehe den Fall, Jemand verfällt plötzlich in eine tödtliche Krankheit an einem Orte, wo ihm nur zwei fähige Zeugen zu Gebote stehen; vor diesen errichtet er sein Testament und stirbt unmittelbar darauf. Für die Gültigkeit dieses Testaments scheint der allgemeine Billigkeitsgrund angeführt werden zu können: *impossibilia nulla obligatio est* ⁴⁾. Indessen sind die dagegen sprechenden Gründe überwiegend. Die Gesetze haben auf einzelne solcher Nothfälle Rücksicht genommen und dafür die Beobachtung der regelmäßigen Solennitäten ganz oder zum Theil erlassen ⁵⁾. Daß dabei nicht etwa nur eine allgemeine Regel angewandt ist, ergiebt sich aus dem Inhalte dieser besonderen Bestimmungen mit unzweifelhafter Gewißheit. Bei dem zur Pestzeit errichteten Testamente ist nur die *f. g. unitas actus* nachgelassen, es gilt also nicht anders, als wenn sieben Zeugen dabei zugezogen sind; ob dies dem Testirer möglich war oder nicht, kommt nicht in Betracht. So erfordert auch das auf dem Lande errichtete Testament

4) L. 185. D. *de reg. jur.*

5) Es gehören dahin die Testamente der Nichtsoldaten, welche in *hostico* testiren (L. ult. D. *de test.*), die zur Pestzeit errichteten Testamente (L. 8. C. *de test.*), so wie die *f. g. testamenta rursi condita* (L. ult. C. *cod.*).

wenigstens fünf Zeugen; für den Nothfall sind nur die beiden übrigen nachgelassen, so wie auch das Erforderniß der Unterschriften. Wir sehen hieraus, daß dies reine Ausnahmefälle sind, die theils wegen ihrer Eigenthümlichkeit, theils wegen der für Ausnahmen geltenden strengen Interpretationsgrundsätze auf andere Fälle weder angewandt werden können, noch dürfen⁶⁾. Da ob es zweckmäßig seyn würde, wenn ein Gesetz eine ganz allgemeine Modification für die Nothfälle sanctionirte, ist eine Frage, die sich schwerlich bejahen läßt. Es würde dadurch dem Einschwärzen falscher Testamente nur allzuleicht Vorschub geschehen, und worin besteht denn am Ende hier der Nothfall? Ist einem Erblasser so sehr daran gelegen, daß es nicht bei der Intestaterbfolge sein Vermögen behalte, so mag er seine Anordnungen bei guter Zeit treffen und braucht es auf einen Nothfall gar nicht ankommen zu lassen. Und daß Jemand ohne Testament stirbt, ist, wie Westphal mit Recht bemerkt, kein großes Unglück; ihn trifft dadurch kein Nachtheil, und schon darum ist kein Grund vorhanden, den Billigkeitsatz: Noth kennt kein Gebot, hier zur Anwendung zu bringen⁷⁾.

Nach einer sehr gewöhnlichen Meinung *convalescirt ein injustum und nullius momenti testamentum* durch

6) S. überhaupt E. C. Westphal Untersuchung der Frage: ob ein ohne die vorgeschriebene Form gemachtes Testament des vorhanden gewesenem außerordentlichen Nothfalls wegen gültig sey? (auch abgedr. in Roppe's niedersächf. Archiv für Jurisprudenz Bd. II. S. 293. fgg.) Mit Recht erklärt sich gegen die Härdehnung auch G. H. AYRER (resp. GRUSSENBERG) *Diss. de testamenti minus solemnibus coram uno teste nuncupati probatione jurejurando heredis supplenda* (Goett. 1748) S. 30.

7) Westphal a. a. O. §. 16. 17.

Anerkennung des Intestaterben⁸⁾. Indessen ist diese Annahme mit anderen Rechtsgrundsätzen schwerlich zu vereinigen; denn „*quae ab initio inutilis fuit institutio, ex postfacto convalescere non potest*“⁹⁾. Zwar ist es ausser Zweifel, daß der Intestaterbe durch Anerkennung des Testaments auf sein Recht wirksam verzichtet, sein gesetzliches Erbrecht wider den Testamentserben geltend zu machen¹⁰⁾. Aber ein Convalesciren des Anfangs ungiltigen Testaments darf man dies nicht nennen. Der eingesetzte Erbe behält die Erbschaft nicht als solcher, oder aus dem Testament, sondern in Folge des Verzichts der Intestaterben¹¹⁾, welche im Rechtssinne als die wahren Erben zu betrachten sind¹²⁾. A. D. Weber,

8) Sie findet sich auch bei Hellfeld in diesem §.

9) L. 210. D. de regul. jur. Vgl. auch L. 29. eod.

10) Arg. L. 16. §. 1. C. de test. L. 2. u. 23. C. de fideic.

11) Denn da ein solches Testament im Rechtssinne überall nicht existirt, so darf man auch nicht sagen, daß aus dem Testamente succedirt werde. (L. 2. §. 1. D. test. quemadm. l. per. „*Testamentum proprie illud dicitur, quod jure perfectum est; sed abusive testamenta ea quoque appellamus, quae falsa sunt, vel injusta, vel irrita, vel rupta, itemque imperfecta solemus testamenta dicere*“). — Jos. AVERANII interpr. jur. Lib. I. ca. 10. Nr. 23 sqq. — Chr. Ulr. GRUPEN disceptationes forenses. Cap. V. p. 361. u. p. 364 — 390. (§. 1 — 8). — Alb. Phil. FAUCKE (resp. Ge. Frid. MAACK) diss. de testamento nullo insequuta heredum ab intestato adprobatione nunquam in formam validi testamenti reconvallescente. Helmst. 1771. 4.

12) Der verzichtende Intestaterbe verfügt über die Erbschaft, gerät sich also dadurch als Erben; s. Ob. 37. d. Comment. C. 269 fg. Ueber die rechtliche Verschiedenheit

welcher über die Sache im Ganzen die richtigen Grundsätze vorträgt, macht noch den Unterschied, ob das Testament *stricto jure* gültig ist, und nur Gründe der Billigkeit zur Aufhebung desselben eintreten, oder ob dasselbe von Anfang an *de jure* nicht gilt. In jenem Falle habe die Anerkennung volle Wirksamkeit, der Testamentserbe sey und bleibe also wirklicher Erbe, ein gleich Anfangs ungültiges Testament dagegen könne durch Anerkennung der Intestaterben nicht in ein gültiges umgeschaffen werden¹³⁾. Auf ein *injustum testamentum* leidet diese Distinction indessen überall keine Anwendung, da ein solches *ipso jure* als gar nicht existirend zu betrachten ist, und nicht einmal eine *secundum tabulas Bonorum possessio* daraus gegeben wird¹⁴⁾. Ein als *inofficiosum* oder durch *contra tabulas B. P.* zu rescindirendes Testament bleibt freilich bei Kräften, wenn der betheiligte Notherbe das Testament anerkennt, indem die Rescission

zwischen der Convalescenz eines Testaments und der Uebertragung des Erbrechts mittelst Verzichtes s. *AVRANII interp. Lib. I. C. 10. Nr. 31 sqq.* GRUPEN I. 1., *FRICKE diss. cit. §. X. p. 54—56.* und unten Note 17.

13) Erläut. der Pand. Bd. 2. §. 1427. C. 229.

14) C. Bd. 34. des Comment. C. 277 fg. Bd. 37. C. 6. — Wenn von einer *sec. tab. B. P. aus tabulae non jure factae* die Rede ist (z. B. bei *Gajus Inst. II. §. 120.*), so ist unter einem solchen Testamente ein nur mit sieben Zeugen Siegeln versehenes (das prätorische) im Gegensatz des Mancipationstestaments gemeint. Dieser Unterschied existirt im neueren Recht nicht mehr, und da darf man sich nur an den Grundsatz halten: *jus Praetorium subsequitur jus civile* (L. 14. D. *de testib. XXII. 5.*), d. h. aus einem ungültigen Testamente wird auch keine B. P. gegeben.

war aus einem gleich bei Errichtung des Testaments schon vorhandenen Grunde erfolgt, ein solches Testament aber nicht für null und nichtig zu halten ist¹⁵⁾. Ein

- 15) S. soviel das *inofficiosum testamentum* anbetrifft die L. 8. §. 10. L. 12. §. 2. L. 32. §. 1. D. *de inoff. test.* L. 31. pr. D. *de vulg. et pup. subst.* (XXVIII. 6.). In Ansehung der *contra tabulas B. P.* aber L. 6. §. 1. D. *de Bonor. possessionib.* XXXVII. 1. („— *rescindit eorum capitis deminationem Praetor*“). L. 2. pr. D. *de bon. poss. sec. tab.* XXXVII. 11. („*Voluit (Praetor) primo ad liberos bonorum possessionem contra tabulas pertinere, mox, si inde non sit occupata, iudicium defuncti sequendum*“). L. 50. §. 4. D. *de bonis libertor.* — GROEN discept. cit. §. 3. p. 372. — Bd. 36. b. Comment. S. 327. Note 18. — Gewöhnlich versteht man übrigenß die L. 17. D. *h. t.* so, daß auch, wenn ein *filius suus* präterirt, mithin entschieden Nullität des Testaments vorhanden war (L. 7. D. *de lib. et post.*), die Absten tion des präterirten Notherben dem Testamente Giltigkeit nach prätorischem Rechte verschafft, d. h. die Folge gehabt hätte, daß die eingesezten Erben mit Ausschluß der Intestaterben eine wirksame *secundum tabulas B. P.* erhalten konnten. Selbst Averanius, der das Prinzip so vortrefflich durchführt, daß ein nichtiges Testament durch die Genehmigung der Intestaterben nicht in ein giltiges verwandelt werden könne, weiß sich hier doch nicht anders zu helfen, als daß er zwischen civilrechtlicher und prätorischer Giltigkeit unterscheidet: die letztere erhalte das Testament durch Absten tion des *suus heres* (Interpr. jur. Lib. I. C. 10. 11.). Nun könnte man dies immer gelten lassen, ohne daß hieraus für das Recht des formlosen Testaments etwas folgen würde; denn aus einem unter den civilrechtlichen oder prätorischen Förmlichkeiten errichteten Testamente, wenn es auch wegen Präterition eines

durch agnatio Postumi rumplirtes Testament dagegen gilt, wenigstens wenn der Postumus den Erblasser überlebt; einem nichtigen gleich¹⁶⁾; wenn derselbe also das Testament agnosciert, so kann dies keine anderen Wirkungen erzeugen, als wenn ein von vorne an nichtiges Testament agnosciert wird. Auch insoferne ist daher die Webersche Distinction etwas zu berichtigen, da sie den durch Anerkennung convalescirenden Testamenten schlechthin nur die gleich Anfangs ungiltigen entgegensetzt¹⁷⁾.

suus heres nichtig war, wurde doch immer eine secundum tabulas B. P. (wenigstens sine re) gegeben, nicht aber aus dem formlosen (s. Note 14). Indessen nach der an einem anderen Orte dieses Commentars (Bd. 36. S. 329 — 333.) bereits vorgetragenen richtigeren Erklärung ist die L. 17. cit. von einem Falle zu verstehen, wo zwar der Präterirte ein filius suus, aber die mit ihm gleich berechtigten Intestaterben eingesetzt waren. Hier bekamen sie natürlich Alles als Erben, da ihrem Erbrechte Niemand weiter im Wege stand. — Im Wesentlichen stimmt mit dieser Erklärung auch überein FRICKE diss. cit. §. 9.

16) L. 1. C. de lib. et post. (VI. 29).

17) Eine consequente Anwendung des Unterschiedes zwischen nichtigen und durch Rechtsmittel zu rescindirenden Testamenten führt hier also zu dem Resultate: daß ein Verzicht des Intestaterben in dem ersten Falle ihn den Ansprüchen der Gläubiger unterwirft, gleich wie einen Erbschaftskäufer. (L. 2. C. de her. vel act. vend. IV. 39); in dem zweiten aber die Gläubiger sich nach wie vor an den Testamentserben halten. Wie verhält es sich nun aber mit den Vermächtnisnehmern? Hier scheint die Analogie des Verkaufs einer mit Vermächtnissen belasteten Erbschaft nicht zur Anwendung kommen zu können; denn die Schul-

Daß übrigens die Anerkennung des unformlichen Testaments auch stillschweigend geschehen kann, darf nicht bezweifelt werden, da Willenserklärungen dieser Art überhaupt nicht an bestimmte Formen gebunden sind. „*Recusari hereditas non tantum verbis sed etiam re potest, et alio quovis iudicio voluntatis*“ sagt Paulus¹⁸⁾; eine Aeußerung die hier außer Zweifel an-

den muß auch der Intestaterbe entrichten, zur Auszahlung von Vermächtnissen aus einem *injustam testamentum* ist er aber nicht verpflichtet. Man könnte also sagen: da er durch den Verzicht sein Recht auf den Testamentserben übertrage, so falle das Recht auf die Vermächtnisse ganz weg. Wenn indessen der Intestaterbe das Testament seinem ganzen Inhalte nach agnoscirt, so muß diese Anerkennung den Vermächtnißnehmern eben so gut zu Statten kommen, wie dem eingesetzten Erben; diese fordern mithin, was ihnen gebührt, gleich einer auf der Erbschaft lastenden Schuld. Würde aber der Intestaterbe ausdrücklich erklären, daß er nur zum Besten des Testamentserben verzichte und diesem sein ganzes Recht übertrage, so müßte den Vermächtnißnehmern der Beweis nachgelassen werden, daß das Testament ein zu Recht beständiges sey; arg. L. 3. D. *de transactionib.* II. 15. („*Privatis pactionibus non dubium est, non laedi jus caeterorum*“ u. s. w.). S. auch die am Schlusse dieses S. enthaltene Ausführung über die Wirkung eines Vergleichs zwischen dem gesetzlichen und dem Testamentserben.

- 18) L. 95 D. *de acq. vel omitt. her.* (XXIX. 2). — Diese Stelle findet sich auch in den *sent. receptae* von Paulus Lib. IV. Tit. 4. §. 1. Cujacius in den Noten zu Jul. Paulus macht hierbei auf den Unterschied zwischen *recusare* und *repudiare hereditatem* aufmerksam. Daß die *Repudiatio* habe in jure geschehen müssen, wie er annimmt, läßt sich schwerlich beweisen (s. Schul-

gewandt werden kann, indem die Agnition eines solchen Testaments von Seiten der Intestaterben zwar keine eigentliche Convalescenz desselben bewirkt, immer aber eine wirksame Entsagung auf die Erbmasse zum Besten der Testamentserben enthält. Hiernach würde denn namentlich die Annahme eines in dem Testamente hinterlassenen Vermächtnisses einen Verzicht begründen, wie dies auch in Beziehung auf die mögliche Impugnation eines Testaments durch *contra tabulas B. P.* oder *inofficiosi querela* ausdrücklich anerkannt ist¹⁹⁾. Indessen heißt es an einer anderen Stelle von Paulus: „*Post legatum acceptum non tantum licebit falsum arguere testamentum, sed et non jure factum contendere; inofficiosum autem dicere non permittitur*“²⁰⁾. Unmöglich kann er damit haben sagen wollen: die Annahme eines Vermächtnisses hindert den Intestaterben nie, seine Ansprüche gegen das *testamentum injustum* geltend zu machen. Denn wenn der Intestaterbe weiß, daß das Testament nicht gilt und daß er der nächste gesetzliche Erbe ist, so kann er seine Billigung der letztwilli-

ring in der Note zur angef. Stelle von Paulus, *Jurisprud. antejust.* p. 393); aber die Verschiedenheit der Begriffe selbst ist hier anzuwenden. Der gesetzliche Erbe sagt sich nicht eigentlich los von der Erbschaft (*hereditatem non repudiat*), sondern er verzichtet nur auf die Vortheile daraus zum Besten eines Anderen (Vgl. noch, was am Schluß dieses §. über die Sache gesagt ist).

19) L. 8. §. 10. L. 12. §. 2. L. 31. §. 3. L. 32. §. 1 D. *de quer. inoff. test.* L. 3 in f. L. 14 pr. D. *de B. P. contra tab.*

20) L. 8 pr. D. *de his quae ut indign. aufer.* (XXXIV. 9).

gen Verfügung wohl nicht sprechender an den Tag legen, als durch die Annahme eines ihm darin ausgesetzten Vermächtnisses, und er steht mit sich in offenbarem Widerspruch, wenn er hinterher noch sein Intestaterb recht geltend machen will²¹⁾. In der That ist man denn auch wohl ziemlich allgemein darüber einverstanden, daß hierbei an einen Irrthum des Intestaterben gedacht werden müsse. Aber auch die *querela inofficiosi testamenti* wird durch ein irrthümlich angenommenes Vermächtniß nicht aufgehoben²²⁾; worin besteht denn hier nun der Unterschied zwischen *testamentum injustum* und *inofficiosum*? Die Wahrheit zu sagen, ist ein wesentlicher Unterschied zwischen beiden in Beziehung auf die aufgeworfene Frage überall nicht vorhanden. Hätten wir die Stelle vollständig, so würden wir höchst wahrscheinlich finden, daß Paulus hier von dem Sage ausging: wer durch einen Rechtsirrthum verleitet eine leghwillige Verfügung anerkennt oder erfüllt, kann seine Handlung nicht wieder rückgängig machen²³⁾. Nun schließt er so: wenn der Notherbe ein in dem *testamentum inofficiosum* ihm ausgesetztes Vermächtniß annimmt, so ist er entweder überall nicht im Irrthum, oder es kann doch sein Irrthum nur ein *juris error* seyn, wogegen beim *injustum* oder *falsum testamentum* ein factischer Irrthum des gesetzlichen Erben sehr

21) In Beziehung auf das *falsum testamentum*, welches hier mit dem *injustum* zusammengestellt wird, ist dies auch deutlich genug anerkannt in L. 3 D. *ad Leg. Cornel. de fals.* (XLVIII. 10) und L. 30 *cod.* (IX. 22).

22) C. Bd. 35 des Comment. C. 455.

23) L. 9. §. 5 D. *de jur. et facti ignor.* (XXII. 6). C. auch unten Note 39. 40.

leicht denkbar ist. Diesen weiß ich zwar, daß ein Testament vorhanden und ihm darin ein Vermächtniß ausgesetzt sey; an der formlichen Gültigkeit oder Rechtheit desselben zweifelt er nicht, und erst nach angenommenem Vermächtnisse erfährt er das Gegentheil. Der Notherbe dagegen muß natürlich wissen, daß er im Testamente nicht gehörig berücksichtigt sey, denn sonst läßt es sich ja gar nicht denken, daß er sich als bloßer Vermächtnißnehmer gerirt; ein Irrthum in Beziehung auf seine Befugniß, gegen ein solches Testament mit der Querel aufzutreten, kann nur dem Kreise des Rechtsirrhums angehören. Das Paulus so argumendirte, nimmt auch der Scholiast zu den Basiliken an²⁴⁾, und es läßt sich gegen die Richtigkeit dieser Argumentation schwerlich etwas Begründetes erinern, wenn man vorber, allerdings wohl in den meisten Fällen zutreffend, Voraussetzungen ausgeht, daß dem Notherben sein persönliches Verhältniß zu dem Erblasser nicht unbekannt sey. Offenbar setzt der Jurist dies voraus. Denken wir uns aber das Gegentheil, so würde auch die querela inofficiosi testamenti dem nicht abgesprochen werden dürfen, welcher ein Vermächtniß aus dem Testamente entgegengenommen hat (Note 22), und so ist denn die Regel: *post legatum acceptum inofficiosum dicere testamentum non permittitur* in ihrer Allgemeinheit gewiß nicht richtig²⁵⁾.

Eine andere Frage ist aber die: ob der gesetzliche Erbe seines Vermächtnisses verlustig gehe (es restituiren müsse, oder gar nicht fordern dürfe, wenn er das Te-

24) Lfb. Basilicor. LX. Tit. 42 ed. Fabr. T. VII. p. 754. Schol. p.

25) G. Auch die Glossa *acceptum ad L. 5 pr. D. de his quas ut indignis*.

stament als injustam impugnirt; dann abrennt durch-
bringt? Darauf kommt Paulus unmittelbar nach je-
nem Satze 26): „Ille, qui non jure factum contem-
dit, nec obtinuit, non repellitur ab eo, quod me-
ruit. Ergo qui legatum secutus 27) postea falsum
dixit, amittere debet, quod consecutus est. De
eo vero, qui legatum accepit, si neget, jure fa-
ctum esse testamentum, Dicus Pius ita rescripsit:
*Cognati Soplironis licet ab herede instituto ac-
ceperant legata, tamen si is ejus conditionis
fuerit visus, ut obtinere hereditatem non pos-
sit 28), et jure intestati ad eum cognatos pertineat,
petere hereditatem ipsa jure poterunt. Prohi-
bendi autem sint, an non; ex cujusque persona,
conditione, aetate cognata causa a iudice con-
stituendum erit 28a).* Im Eingange stellt Paulus

26) L. 5. §. 1 D. de his quae ut indign.

27) Die bisweilen sich findende Abweichung *consecutus* st.
secutus beruht wahrscheinlich auf bloßer Conjectur, die
aber durchaus unnöthig ist, da *sequi legatum* soviel heißt
als: das Legat in Folge der testamentarischen Verfü-
gung annehmen; s. Jo. CARNÉGIET ad Ulp. Fragm.
Tit. 20, §. 9.

28) *POPHIA Pand. Justin. T. II. in praetermissis et sup-
plendis p. 745. ad Tit. de his quae ut indign. Nr. XV.*
führt zu diesen Worten folgendes passende Beispiel an:
„Finge servum proprium testatoris, qui liber cre-
debatur, ex asse institutum sine libertate.“

28a) Die Worte „Prohibendi“ u. s. w., welche ohne Zwei-
fel noch zu dem Rescript gehören, pflegen in den Aus-
gaben (namentlich in der Krieglischen) davon getrennt
zu werden. So zweckmäßig es nun auch ist, Ebdict-
worte, Rescripte u. s. w. durch besonderen Druck aus-

den Satz auf: Wer zuerst den vergeblichen Versuch gemacht habe, das Testament als injustum über den Haufen zu stoßen, könne nichts destoweniger ein ihm darin ausgesetztes Vermächtniß fordern. Das Nämliche sagt auch an einer anderen Stelle desselben Titels Papinian²⁹⁾, unter dem hinzugefügten Grunde: „quoniam de jure disputavit (filius), non judicium impugnavit“ (patris), d. h. da er nur formelle Mängel rügt³⁰⁾, nicht aber seinen Angriff geradezu gegen den erklärten Willen des Vaters richtet³¹⁾. Hiernächst hebt Paulus einen Unterschied hervor, der sich zwischen den Fällen findet, wo das Testament als unmacht, verfälscht oder untergeschoben (falsum) und wo es als injustum angefochten wird: wer im ersteren Falle abgewiesen wird, verliert allemal das Vermächtniß³²⁾. Wer dagegen nur Formlosigkeit des Testaments behauptet, der kann, wenn auch das Testament für gültig erklärt wird, immer noch das Vermächtniß fordern; nur wenn er es bereits vor Anstellung der Klage erhalten hat, so soll nach den besonderen Umständen des Falls und der Persönlichkeit bestimmt werden, ob das Vermächtniß zurückgegeben werden

zuzeichnen, so möchte es doch gerathener seyn, da, wo der Herausgeber seiner Sache nicht ganz gewiß seyn kann, dies lieber zu unterlassen, indem hiedurch die größten Mißverständnisse herbeigeführt werden können.

29) L. 24 D. de his quae ut indign.

30) Ueber den Ausdruck *de jure disputare*, d. h. ein Testament aus dem Grunde anfechten, daß es mit einem Mangel der äußeren Form behaftet sey, s. den ersten Bd. dieses Comment. §. 1. §. 10. Nr. 13. Note 26.

31) C. BRISSONIUS v. judicium §. 4.

32) Bgl. L. 8 C. de his quib. ut indign. (VI. 35).

müsse oder nicht³³⁾. Der Grund dieser Verschiedenheit ist wohl folgender: Wenn Jemand ein Vermächtniß aus dem Testamente annimmt, so hat er dadurch factisch das Testament anerkannt. Will er es dennoch als *injustum* anfechten, so kann er dies thun; allein man darf alsdann wohl erwarten, daß er dabei mit der sorgfältigsten Erwägung der thatsächlichen und Rechts-Gründe zu Werke gehen werde. Ergiebt sich nun, daß er die Gültigkeit des Testaments ohne Grund bestritten habe, so offenbart sich hierin ein so hoher Grad von Sorglosigkeit und Mangel an Rücksicht auf den Willen dessen, welcher ihm wohlthun wollte, daß dies sehr füglich als unwürdige Gesinnung (*Indignität*) im Sinne der Römer behandelt werden konnte. Nur ausnahmsweise, und namentlich wenn der Intestaterbe zu den Personen gehört, denen Leichtfinn und Rechtsunwissenheit verziehen werden, soll ihm das Vermächtniß gelassen werden; darum darf hierüber nur *causa cognita* entschieden werden.

Hiernach sind die Worte: „*Prohibendi autem sint, an non*“ auf die Ausschließung von den Vermächtnissen zu beziehen, und in diesem Sinne fassen denn auch die Basiliken den ganzen Satz

33) Schol. Basilic. T. VII. p. 754. Schol. r; welches in der Uebersetzung so lautet: „*Putat an mulier, vel miles, vel rusticus, vel minor viginti quinque annis sit is, qui legatum accepit.*“ Hier sind also die Personen genannt, denen Rechtsunwissenheit verziehen wird. Doch ist schwerlich anzunehmen, daß nach der Meinung des Juristen andere Billigkeitsgründe, z. B. ein sehr zu entschuldigender Irrthum des gesetzlichen Erben ausgeschlossen seyn sollten.

auf³⁴⁾. Enjaci^{us} dagegen geht davon aus, daß der Intestaterbe, welcher das Testament als *injustum* impugniert, allemal das Vermächtniß behält; er will daher das *prohibere* auf die *hereditatis petitio ex causa injusti testamenti* bezogen wissen³⁵⁾. Allein nach dieser Erklärung fehlt es der Darstellung an allem Zusammenhange, der wenigstens viel besser hervortritt, wenn man die Stelle des Paulus (so weit sie hieher gehört) in folgende Gedanken auflöst: a) Wer ein Vermächtniß erhalten hat, kann das Testament immer noch als *falsum* oder *injustum* anfechten; b) die Abweisung der *hereditatis petitio ex causa injusti testamenti* hat noch keineswegs Verlust des Vermächtnisses zur Folge, wie dies stets der Fall ist, wenn der Legatar ein Testament als unächt oder untergeschoben impugniert; c) selbst alsdann tritt jenes nicht immer ein, wenn der Kläger das Vermächtniß schon erhalten hatte, ehe er zur Klage schritt. So rescribirt der Kaiser Antoninus Pius: auch nach angenommenem Vermächtnisse könne man die *hereditatis petitio* anstellen. Ob man aber (im Falle des Unterliegens) die Vermächtnisse behalten dürfe, sey nach den besonderen Umständen des Falls und der Personen zu bestimmen. Zu läugnen ist freilich nicht, daß man hiernach das *prohibendi sint* u. s. w. nicht mit dem unmittelbar vorausgegangenen Satz verbinden darf,

34) Tit. 42. Lib. LX. Tom. VII. p. 745. Es heißt hier in der Kürze so: Wer das Testament als *falsum* impugniert, der verliert das Vermächtniß, behauptet er, daß selbe sey *injustum*, so soll der Richter arbiträren, ob er die Vermächtnisse behält, oder nicht.

35) Ad Leg. 5. §. 1 D. *de his quae ut indign.* (opp. T. VII. p. 1483. 1484 ed. Neapol.).

der allerdings von der hereditatis petitio spricht³⁶⁾; indessen untersucht Paulus ja in dem §. 1 überhaupt nicht: ob die hereditatis petitio post acceptum legatum noch angestellt werden könne (denn davon war ja im Prooemium schon die Rede gewesen), sondern ob der Kläger das Legat behalten dürfe? Mag man übrigens die hier vorgetragene Interpretation, oder die von Eujacius billigen, so wird man doch auf jeden Fall hinreichenden Grund haben, die Emendationen von Jensus³⁷⁾ und Cannegieter³⁸⁾ zu verwerfen, wonach das *non* vor *repetitur* (im Eingange des §. 1) gänzlich zu streichen, oder in *modo* zu verwandeln ist, so daß mithin der Jurist sagen würde: auch wer mit der her. pet. ex c. inj. test. abgewiesen werde, verliere allemal das Vermächtniß. Handschriftliche Autoritäten dafür giebt es meines Wissens keine, und der Grund, den besonders Jensus geltend macht, daß ja auch dem, qui falsum dixerit testamentum, nec obtinuerit, das Vermächtniß abgesprochen werde, da doch zwischen der Befugniß ex causa injusti oder falsi test. zu klagen kein Unterschied gemacht sey, — ist sehr leicht zu widerlegen. Eine nicht begründete Klage aus dem letzteren Grunde ist an sich gehässiger, als aus dem ersten, und überdies ist ja in anderen Stellen deutlich genug bestimmt, daß die Anfechtung des Testaments als injustum an sich das Vermächtniß nicht vernichte (Note 29).

36) Die Glossa *nec obtinuit* zu dieser Stelle will übrigens die Worte *Prohibendi* u. s. w. zugleich auf die Erbschaftsklage und auf die Vermächtnisse bezogen wissen.

37) Jo. JENSI ad Justiniani Codicem ac Pand. stricturae (ed. Rotterd. 1749) p. 309 sq.

38) Jo. CANNEGIEREN ad Ulplani Fragm. Tit. 20. §. 9.

Als wirksame Anerkennung des Testaments ist es auch zu betrachten, wenn der Intestaterbe den Willen des Erblassers erfüllt, d. h. dem Testamentserben oder den Vermächtnisnehmern die Erbschaft oder die Objecte der Vermächtnisse aushändigt; wenigstens kann er das Geleistete nur alsdann zurückfordern, wenn dabei ein factischer Irrthum obwaltete. Ob er sich in seinem Gewissen für verbunden hielt so zu handeln, oder eine reine Liberalität ausüben wollte, oder durch Rechtsunkunde sich zu seiner Handlungsweise verleiten ließ, ist hier gleichgiltig³⁹⁾. Denn die Erfüllung lehtwilliger Verfügungen betrachtete man bei den Römern als Gewissenspflicht des Erben, die man sogar den Naturalobligationen gleichstellte, nur mit dem Unterschiede, daß factischer Irrthum die gewöhnlichen rechtlichen Wirkungen, also eine *indebiti cond.* für den Testamentserben begründete⁴⁰⁾. Nur haben die Quellen hierbei freilich nur solche Fälle vor Augen, wo ein Testaments- oder gesetzlicher Erbe ungiltig angeordnete Codicillar-Dispositionen erfüllte. Allein der Grundsatz, worauf die besonderen Entscheidungen beruhen, ist so allgemein ausgesprochen⁴¹⁾, daß man nicht umhin kann, ihn auch auf den, allerdings wohl höchst selten vorkommenden Fall zu beziehen, wo ein im Besiß des Vermögens sich befind-

39) L. 2 C. *de fideic.* (VI. 42) und arg. L. 2 C. *si adv. solat.* (II. 33) und L. 7 C. *de cond. ind.* (IV. 5). L. 9 in f. C. *ad Leg. Falcid.* (VI. 50).

40) S. meine Abhandl. über *juris u. facti ignorantia*, im Archiv für civ. Pr. Bd. II. 26h. XXXV. S. 393 fg.

41) L. 2 C. *de fideic.* — „quum non ex ea scriptura, sed ex conscientia relicti fideicommissi defuncti voce iustati satis factum esse videatur.“

Der Intestaterbe sich für verpflichtet hält, dasselbe dem in einem injustum testamentum eingesetzten Erben herauszugeben⁴²⁾. Bedenklich könnte es zwar scheinen:

42) Gegen die Allgemeinheit dieses Prinzips möchte man sich vielleicht auf die L. 4 C. *de jur. et facti ignor.* (I. 18) berufen, worin die Kaiser Diocletian und Maximian rescribiren, wie folgt: „Si post divisionem factam testamenti vitium in lucem emergerit, ex his, quae per ignorantiam confecta sunt, praejudicium tibi non comparabitur. Ostende igitur hoc apud Rectorem V. C., testamentum vel fide veri deficere, vel juris ratione stare non posse, ut infirmata scriptura, quae testamenti vires prolata est, secundam successionem obtineas.“ Der nächste Intestaterbe war hier mit Nichtberechtigten in einem ungiltigen Testamente eingesetzt; er theilt mit diesen in Gemächheit des Testaments; hinterher ergiebt sich, daß das Testament mit wesentlichen Mängeln behaftet ist, und nun will er von seinem Intestaterbrecht Gebrauch machen, wozu ihn auch die Kaiser für befugt erklären. (So bestimmen den Sinn der Stelle auch die Basiliken, Lib. II. Tit. 4. Fr. 13. ed. Heimb. T. I. p. 80. — Allein zuvörderst ist hier von einem factischen Irrthum die Rede —, erst nach erfolgter Theilung entdeckt man die fehlerhafte Beschaffenheit des Testaments —; sodann aber darf man wohl sagen: daß die Eigenschaft, in welcher Jemand eine an sich unverbindliche Handlung vornimmt, auch wirklich vorhanden seyn muß. Wenn der Intestaterbe ein im Rechtskenn nicht existirendes Testament durch That oder Worte für gültig erklärt, so handelt er hier in der unzweifelhaft ihm zukommenden Qualität eines gesetzlichen Erben, und darum hat seine Handlung rechtliche Bedeutung. Bei der fraglichen Theilung verfuhr aber der, an welchen das Rescript gerichtet ist, als Testamentserbe, dies war er aber gar nicht, da kein zu Recht bestehendes Testament existirte. Wenn ein ver-

ob man eine solche Handlung aus dem Gesichtspuncte ansehen dürfe, daß der gesetzliche Erbe sein Recht auf den Testamentserben übertrage? Denn besonders wenn er durch einen Rechtsirrthum zu seiner Handlungsweise bewogen wurde, so glaubt er ja selber, gar kein Recht zu haben, er hält vielmehr das Testament für gültig und weicht nur als bloßer Erbschaftsbefitzer dem wirklichen Erben; wie kann er denn also hier ein ihm zustehendes Recht auf den eingesetzten Erben übertragen wollen. Allein auf die Meinung des Intestaterben kommt überall nichts an. Wer durch Testament oder Gesetz zur Erbschaft berufen ist, und solche Handlungen vornimmt, zu denen nur ein Erbe berechtigt seyn kann (und dazu gehören außer Zweifel Verfügungen über die Erbschaft), der muß nun auch als Erbe behandelt werden, falls er nicht bei Vornahme jener Handlungen sich durch eine gehörige Protestation dagegen verwahrt⁴³⁾, die man aber in dem vorliegenden Falle doch wohl als eine pro-

meintlicher Testamentserbe Vermächtnisse erfüllt, so ist dies wirkungslos (L. 2. §. 1. u. L. 3 D. *de cond. indeb.* XII. 6), und wenn Jemand in der Meinung, er sey Testamentserbe, Rechte aufgibt, so ist ihm dies unnachtheilig für seine Qualität als Intestaterbe. L. 17. §. 1 D. *de acq. v. o. h.* (XXIX. 2).

43) Es heißt zwar: das *pro herede gerere* sey non tam facti, quam animi (in L. 20 pr. D. *de a. v. o. h.*). Indessen soll dieser animus aus gewissen Handlungen gefolgert werden, wenn nicht eine Protestation hinzugefügt wird (L. 20. L. 86. §. 2 *cod. L. 2 C. de jure delib.*), welche denn natürlich durch die Art und Beschaffenheit der Handlung selbst nicht ausgeschlossen seyn darf. Mehr von der Wirkung einer Einmischung in die Erbschaft wird unten beim §. 1492 vorkommen.

testatio facto contraria behandeln müßte. Will er mit der ganzen Sache nichts zu thun haben, oder von möglichen Ansprüchen als Erbe sich völlig frei halten, so braucht er nur schlechthin zu erklären, daß er auf die Intestaterbfolge verzichte (worin eine wahre repudiatio hereditatis liegt), in welchem Falle denn sein Recht auf den nächstfolgenden Intestaterben übergeht, der nun aber wider den Testamentsserben, wenn dieser nicht weichen will, die hereditatis petitio ex causa injusti testamenti anstellen muß.

Nicht zu verwechseln mit dem, was bisher über Anerkennung eines Testaments und über Verzichtleistung das Intestaterben gesagt wurde, ist der Fall, wenn der gesetzliche und der Testaments-Erbe sich über ein Testament vergleichen — ungeachtet in mancher Beziehung dieselben Folgen daraus entstehen. — Wenn der Intestaterbe das Testament anerkennt, weil er sich dazu für verpflichtet hält, oder auch aus Großmuth die Erbschaft dem Testamentsserben überläßt, so kann man nicht eigentlich sagen, er habe sich mit diesem verglichen; denn ein Vergleich setzt immer voraus, daß ein Anspruch, seinem Rechtsgrunde oder seinem Erfolge nach, wenigstens subjectiv zweifelhaft sey⁴⁴). Glaubt einer der Transigenten, auch seiner Seits noch so große Opfer zu bringen, so handelt er dabei doch immer in seinem Interesse, — er will nicht etwa eine Liberalität üben, son-

44) L. 1 D. de transactionib. (II. 15) „Qui transigit, quasi de re dubia et lite incerta neque finita transigit, qui vero paciscitur, donationis causa rem certam et indubitam liberalitate remittit.“ — C. Band V. d. Commentars S. 345. C. 3 fg. Nr. 1. Vgl. auch unten Note 48.

bern er sucht dadurch irgend einem Nachtheile zu entgehen. — Betrachten wir nun den Gegenstand vorläufig noch ganz unabhängig von den Bestimmungen unserer Quellen, so muß auch hier wieder unterschieden werden zwischen den Fällen, wo die Durchsetzung der Klage das Testament nur rescindirt, und wo der Ausspruch erfolgt, daß es im Rechtsinne eigentlich nie existirt habe, oder doch schon vor Anstellung der Klage ipso jure wieder zerstört worden sey. Im ersten Falle erklärt der Intestaterbe durch den Transact, daß er die Rescissionsklage nicht anstellen oder fortsetzen wolle; der Eingesezte bleibt also Erbe. Auf den materiellen Inhalt des Vergleichs kommt dabei weiter nichts an. Auch wenn der Testamentserbe die ganze Erbmasse dem gesetzlichen Erben überliesse, so würde hieraus doch nur das Verhältniß entstehen können, als wenn dieser im Fall eines nichtigen Testaments zum Besten des eingesezten Erben auf sein Recht Verzicht leistet. Nur in Folge des richterlichen Ausspruchs, daß der Erblasser nicht befugt gewesen sey, so zu testiren, nicht durch eine bloße Privatvereinbarung, kann das Erbrecht des Testamentserben aufhören und das des gesetzlichen Erben in Wirksamkeit treten. Hier hat also ein Vergleich stets die nämlichen Wirkungen, wie ein Verzicht (s. oben Note 17). Nicht eben so bei nichtigen Testamenten. Bei den durch Klage zu rescindirenden Testamenten steht allemal fest, wer Erbe sey; so lange die Rescission nicht erfolgt, ist es der Eingesezte, das Recht des Intestaterben mag zweifelhaft oder unbestritten seyn. Wird aber Ungiltigkeit des Testaments von der einen Seite behauptet, von der anderen bestritten, so steht nichts fest, als die gegenseitigen Behauptungen. Welchen Einfluß kann nun hierauf

ein Vergleich haben? Direct überall keinen; denn durch Privatübereinkunft kann weder ein ungültiges Testament in ein gültiges verwandelt, noch die Eigenschaft eines Erben vernichtet und auf einen Andern übertragen werden⁴⁵⁾. Indessen können Vergleiche über solche Testamente natürlich nicht verboten werden, es muß daher auch irgend eine Norm geben, um darnach das rechtliche Verhältniß better, nicht mittransigirender, Personen zu bestimmen. Hierbei ist nun ein dreifacher Ausweg möglicherweise denkbar: Entweder betrachtet man das Testament als ein vollgültiges; oder umgekehrt als ein nichtiges; oder man behandelt die Transigenten wie wenn sie Miterben wären. Der erste Ausweg ist gewiß der consequentere; denn im Zweifel ist immer die Gültigkeit einer letztwilligen Verfügung zu präsumiren⁴⁶⁾, und der Grundsatz: ein Testament muß so lange für ein zu Recht beständiges gehalten werden, bis das Gegentheil feststeht, gilt an sich auch von nichtigen Testamenten, da er eigentlich nur auf einer allgemeineren Regel beruht, auf der Regel nämlich: daß ein factisch bestehender Zustand als ein rechtlicher anzusehen und zu schätzen ist, wenn nicht die Unrechtmäßigkeit desselben nachgewiesen wird⁴⁷⁾.

45) C. U. GRUPEN *disceptationes forens.* p. 360 sqq. und besonders p. 409. Nr. 2.

46) L. 10 pr. D. de *inoff. test.*

47) L. 2. L. 21 D. de *probationibus.* (XXII. 3). L. 4 in f. C. de *edendo.* (II. 1). — Auch die Richtigkeitserklärung ist ja immer erst durch Prozeß zu bewirken (Bd. 37 des Comment. S. 251); sonst leidet die Anwendung der allgemeinen processualischen Regel: *actoris non probante reus absolvitur*, hierauf allerdings eine Anwendung.

Die zweite Möglichkeit hat unter der hier angenommenen Voraussetzung, daß wirklich das Recht des Testaments bestritten und zweifelhaft sey, gar keine Gründe für sich. Nur wenn bei entschiedenem Rechte des Rotherben dennoch ein Vergleich erfolgt, — der Rotherbe etwa wegen der Vermittelungen, worin sich das erbchaftliche Vermögen befindet, wegen schwieriger Auseinandersetzungen, oder zu befürchtender Streitigkeiten mit den Vermächtnisnehmern u. dgl. m. dem Testamentserben die Erbschaft gegen Uebernahme der Geschäfte und des Risiko überläßt; so hat er über ein an sich nicht zweifelhaftes Recht verfügt; folglich ist er im rechtlichen Verstande immer als Erbe zu behandeln ⁴⁸⁾. Hieron ist aber jetzt nicht die Rede, und so bleibt denn nur zu erwägen übrig, ob sich der dritte Ausweg, die Transfigenten als Miterben zu behandeln, mit der Voraussetzung

48) Ein Vergleich ist dies immer, nicht blos nach den Begriffen des gemeinen Lebens und dem gewöhnlichen Sprachgebrauch, sondern auch im juristischen Sinne, da durch das Testament der Rotherbe und der eingesetzte Erbe einander als Gegner gegenüber gestellt sind, der erstere aber nicht etwa weicht, weil er von dem Rechte des anderen Theils überzeugt ist, oder eine Liberalität üben will, sondern die Nachtheile, welche eine Uebernahme der Erbschaft möglicherweise für ihn haben könnte, dadurch zu entfernen sucht. (So ist es auch ein wahrer Vergleich, wenn die Gläubiger eines insolventen Schuldners mit ihm einen Nachlaßvertrag über ganz ungewisse Forderungen eingehen, weil sie das Sichere dem Unsicheren vorziehen). In diesem Sinne nun ist der Ausdruck Vergleich oben Bd. 35 d. Comment. S. 270 genommen, wie sich auch aus dem Zusammenhange ergibt.

eines Vergleichs über ein seiner Gültigkeit nach bestrittenes Testament verträge? Dafür läßt sich allerdings anführen: daß keines der behaupteten Rechte feststehe, daß eine also das andere auch nicht überwiegen könne, sondern das Prinzip der Theilung gleich begründeter und theilbarer Rechte zur Anwendung kommen müsse⁴⁸⁾). Soviel verdient der erste Ausweg offenbar den Vorzug, da er mit den allgemeinen Rechtsprinzipien viel besser übereinstimmt; in unseren Rechtsquellen ist aber der dritte gebilligt, und nur in Ansehung der durch Klage zu revidirenden Testamente finden sich die obigen Resultate anerkannt. Dies soll jetzt bewiesen werden.

In der L. 20, §. 2 D. *de inofficioso testamento* heißt es: wenn der Quersant sich mit dem Testamentserben vergleiche: „tamen testamentum in suo jure manet, et ideo datae in eo libertates atque legata — suam habent potestatem“⁴⁹⁾). Zwar ist hier nur von dem Verhältnisse der Vermächtnisnehmer die Rede, nicht von dem der Gläubiger; allein ganz allgemein heißt es: das Testament bleibe bei Kräften, und daraus wird nur gefolgert, daß auch die Vermächtnisse aufrecht erhalten werden. Uebereinstimmend hiermit sagt auch *Scävola* in dem ersten Buche seiner *Digesten*⁵⁰⁾:

48a) Arg. L. 1. §. 6 D. *de B. P. sec. tab.* (XXXVII. 11). L. 33 D. *de leg. I.* — S. auch noch L. 4. §. 1 D. *si cui plus, quam per Legem Falcid. licuerit* (XXXV. 3). „Si duo ex testamento hereditatem in solidum sibi vindicent, forte quod ejusdem nominis sint, tam in possessorem quam in petitem competant actiones et creditoribus et legatariis“ (Vgl. unten Note 70).

49) Vgl. hiermit Bd. 35 des Comment. S. 378.

50) L. 3 pr. D. *de transactionib.* (II. 15).

auf³⁴⁾. Gufacius dagegen geht davon aus, daß der Intestaterbe, welcher das Testament als injustum impugniert, allemal das Vermächtniß behält; er will daher das *prohibere* auf die *hereditatis petitio ex causa injusti testamenti* bezogen wissen³⁵⁾. Allein nach dieser Erklärung fehlt es der Darstellung an allem Zusammenhange, der wenigstens viel besser hervortritt, wenn man die Stelle des Paulus (so weit sie hieher gehört) in folgende Gedanken auflöst: a) Wer ein Vermächtniß erhalten hat, kann das Testament immer noch als falsum oder injustum anfechten; b) die Abweisung der *hereditatis petitio ex causa injusti testamenti* hat noch keineswegs Verlust des Vermächtnisses zur Folge, wie dies stets der Fall ist, wenn der Legatar ein Testament als undächt oder untergeschoben impugniert; c) selbst alsdann tritt jenes nicht immer ein, wenn der Kläger das Vermächtniß schon erhalten hatte, ehe er zur Klage schritt. So rescribirt der Kaiser Antoninus Pius: auch nach angenommenem Vermächtnisse könne man die *hereditatis petitio* anstellen. Ob man aber (im Falle des Unterliegens) die Vermächtnisse behalten dürfe, sey nach den besonderen Umständen des Falls und der Personen zu bestimmen. Zu läugnen ist freilich nicht, daß man hiernach das *prohibendi sint* u. s. w. nicht mit dem unmittelbar vorausgegangenen Satz verbinden darf,

34) Tit. 42. Lib. LX. Tom. VII. p. 745. Es heißt hier in der Kürze so: Wer das Testament als falsum impugniert, der verliert das Vermächtniß, behauptet er, daß selbe sey injustum, so soll der Richter arbiträren, ob er die Vermächtnisse behält, oder nicht.

35) Ad Leg. 5. §. 1 D. *de his quas ut indign.* (opp. T. VII. p. 1483. 1484 ed. Neapol.).

der allerdings von der hereditatis petitio spricht³⁶⁾; indessen untersucht Paulus ja in dem §. 1 überhaupt nicht: ob die hereditatis petitio post acceptum legatum noch angestellt werden könne (denn davon war ja im Prooemium schon die Rede gewesen), sondern ob der Kläger das Legat behalten dürfe? Mag man übrigens die hier vorgetragene Interpretation, oder die von Eujacius billigen, so wird man doch auf jeden Fall hinreichenden Grund haben, die Emendationen von Jensius³⁷⁾ und Cannegieter³⁸⁾ zu verwerfen, wonach das *non* vor *repellitur* (im Eingange des §. 1) gänzlich zu streichen, oder in *modo* zu verwandeln ist, so daß mithin der Jurist sagen würde: auch wer mit der her. pet. ex c. inj. test. abgewiesen werde, verliere allemal das Vermächtniß. Handschriftliche Autoritäten dafür giebt es meines Wissens keine, und der Grund, den besonders Jensius geltend macht, daß ja auch dem, qui falsum dixerit testamentum, nec obtinnerit, das Vermächtniß abgesprochen werde, da doch zwischen der Befugniß ex causa injusti oder falsi test. zu klagen kein Unterschied gemacht sey, — ist sehr leicht zu widerlegen. Eine nicht begründete Klage aus dem letzteren Grunde ist an sich gehässiger, als aus dem ersten, und überdies ist ja in anderen Stellen deutlich genug bestimmt, daß die Anfechtung des Testaments als injustum an sich das Vermächtniß nicht vernichte (Note 29).

36) Die Glossa *nec obtinuit* zu dieser Stelle will übrigens die Worte *Prohibendi* u. s. w. zugleich auf die Erbschaftsklage und auf die Vermächtnisse bezogen wissen.

37) Jo. JENSIJ ad Justiniani Codicem ac Pand. stricturae (ed. Rotterd. 1749) p. 300 sq.

38) Jo. CANNEGIER ad Ulpiani Fragm. Tit. 20. §. 9.

Als wirksame Anerkennung des Testaments ist es auch zu betrachten, wenn der Intestaterbe den Willen des Erblassers erfüllt, d. h. dem Testamentserben oder den Vermächtnisnehmern die Erbschaft oder die Objecte der Vermächtnisse aushändigt; wenigstens kann er das Geleistete nur alsdann zurückfordern, wenn dabei ein factischer Irrthum obwaltete. Ob er sich in seinem Gewissen für verbunden hielt so zu handeln, oder eine reine Liberalität ausüben wollte, oder durch Rechtsunkunde sich zu seiner Handlungsweise verleiten ließ, ist hier gleichgiltig³⁹⁾. Denn die Erfüllung letztwilliger Verfügungen betrachtete man bei den Römern als Gewissenspflicht des Erben, die man sogar den Naturalobligationen gleichstellte, nur mit dem Unterschiede, daß factischer Irrthum die gewöhnlichen rechtlichen Wirkungen, also eine *indebiti cond.* für den Testamentserben begründete⁴⁰⁾. Nur haben die Quellen hierbei freilich nur solche Fälle vor Augen, wo ein Testaments- oder gesetzlicher Erbe ungiltig angeordnete Codicillar-Dispositionen erfüllte. Allein der Grundsatz, worauf die besonderen Entscheidungen beruhen, ist so allgemein ausgesprochen⁴¹⁾, daß man nicht umhin kann, ihn auch auf den, allerdings wohl höchst selten vorkommenden Fall zu beziehen, wo ein im Besitz des Vermögens sich befind-

39) L. 2 C. de fideic. (VI. 42) und arg. L. 2 C. si adv. solat. (II. 33) und L. 7 C. de cond. ind. (IV. 5). L. 9 in f. C. ad Leg. Falcid. (VI. 50).

40) S. meine Abhandl. über juris u. facti ignorantia, im Archiv für civ. Pr. Bd. H. Abh. XXXV. S. 393 fg.

41) L. 2 C. de fideic. — „quum non ex ea scriptura, sed ex conscientia relictii fideicommissi defuncti vobis Iudicii satis factum esse videatur.“

derer Intestaterbe sich für verpflichtet hält, dasselbe dem in einem injustum testamentum eingesetzten Erben herauszugeben⁴²⁾. Bedenklich könnte es zwar scheinen:

42) Gegen die Allgemeinheit dieses Principes möchte man sich vielleicht auf die L. 4 C. de jur. et fact. ignor. (I. 18) berufen, worin die Kaiser Diocletian und Maximian rescribiren, wie folgt: „Si post divisionem factam testamenti vitium in lucem emergerit, ex his, quas per ignorantiam confecta sunt, praejudicium tibi non comparabitur. Ostende igitur hoc apud Correctorem V. C., testamentum vel fide veri deficere, vel juris ratione stare non posse, ut infirmata scriptura, quae testamenti vice prolata est, secundam successionem obtineas.“ Der nächste Intestaterbe war hier mit Nichtberechtigten in einem ungiltigen Testamente eingesetzt; er theilt mit diesen in Gemäthe des Testaments; hinterher ergiebt sich, daß das Testament mit wesentlichen Mängeln behaftet ist, und nun will er von seinem Intestaterbrecht Gebrauch machen, wozu ihn auch die Kaiser für befugt erklären. (So bestimmen den Sinn der Stelle auch die Basiliken, Lib. II. Tit. 4. Fr. 13. ed. Heimb. T. I. p. 84). — Allein zuvörderst ist hier von einem factischen Irrthum die Rede —, erst nach erfolgter Theilung entdeckt man die fehlerhafte Beschaffenheit des Testaments —; sodann aber darf man wohl sagen: daß die Eigenschaft, in welcher Jemand eine an sich unverbindliche Handlung vornimmt, auch wirklich vorhanden seyn muß. Wenn der Intestaterbe ein im Rechtsstills nicht existirendes Testament durch That oder Worte für gültig erklärt, so handelt er hier in der unzweifelhaft ihm zukommenden Qualität eines gesetzlichen Erben, und darum hat seine Handlung rechtliche Bedeutung. Bei der fraglichen Theilung verfuhr aber der, an welchen das Rescript gerichtet ist, als Testamentserbe, dies war er aber gar nicht, da kein zu Recht beständiges Testament existirte. Wenn ein ver-

ob man eine solche Handlung aus dem Gesichtspuncte ansehen dürfe, daß der gesetzliche Erbe sein Recht auf den Testamentserben übertrage? Denn besonders wenn er durch einen Rechtsirrthum zu seiner Handlungsweise bewogen wurde, so glaubt er ja selber, gar kein Recht zu haben, er hält vielmehr das Testament für gültig und weicht nur als bloßer Erbschaftsbesitzer dem wirklichen Erben; wie kann er denn also hier ein ihm zustehendes Recht auf den eingesetzten Erben übertragen wollen. Allein auf die Meinung des Intestaterben kommt überall nichts an. Wer durch Testament oder Gesetz zur Erbschaft berufen ist, und solche Handlungen vornimmt, zu denen nur ein Erbe berechtigt seyn kann (und dazu gehören außer Zweifel Verfügungen über die Erbschaft), der muß nun auch als Erbe behandelt werden, falls er nicht bei Vornahme jener Handlungen sich durch eine gehörige Protestation dagegen verwahrt⁴³⁾, die man aber in dem vorliegenden Falle doch wohl als eine pro-

meintlicher Testamentserbe Vermächtnisse erfüllt, so ist dies wirkungslos (L. 2. §. 1. u. L. 3 D. *de cond. indeb.* XII. 6), und wenn Jemand in der Meinung, er sey Testamentserbe, Rechte aufgibt, so ist ihm dies unnachtheilig für seine Qualität als Intestaterbe. L. 17. §. 1 D. *de acq. v. o. h.* (XXIX. 2).

43) Es heißt zwar: das *pro herede gerere* sey non tam facti, quam animi (in L. 20 pr. D. *de a. v. o. h.*). Indessen soll dieses animus aus gewissen Handlungen gefolgert werden, wenn nicht eine Protestation hinzugefügt wird (L. 20. L. 86. §. 2 *cod.* L. 2 C. *de jure delib.*), welche denn natürlich durch die Art und Beschaffenheit der Handlung selbst nicht ausgeschlossen seyn darf. Mehr von der Wirkung einer Einmischung in die Erbschaft wird unten beim §. 1492 vorkommen.

testatio facto contraria behandeln müßte. Will er mit der ganzen Sache nichts zu thun haben, oder von möglichen Ansprüchen als Erbe sich völlig frei halten, so braucht er nur schlechthin zu erklären, daß er auf die Intestaterbfolge verzichte (worin eine wahre repudiatio hereditatis liegt); in welchem Falle denn sein Recht auf den nächstfolgenden Intestaterben übergeht, der nun aber wider den Testamentserben, wenn dieser nicht weichen will, die hereditatis petitio ex causa injusti testamenti anstellen muß.

Nicht zu verwechseln mit dem, was bisher über Anerkennung eines Testaments und über Verzichtleistung des Intestaterben gesagt wurde, ist der Fall, wenn der gesetzliche und der Testaments-Erbe sich über ein Testament vergleichen —, ungeachtet in mancher Beziehung dieselben Folgen daraus entstehen. — Wenn der Intestaterbe das Testament anerkennt, weil er sich dazu für verpflichtet hält, oder auch aus Großmuth die Erbschaft dem Testamentserben überläßt, so kann man nicht eigentlich sagen, er habe sich mit diesem verglichen; denn ein Vergleich setzt immer voraus, daß ein Anspruch, seinem Rechtsgrunde oder seinem Erfolge nach, wenigstens subjectiv zweifelhaft sey⁴⁴⁾. Glaubt einer der Transigenten, auch seiner Seits noch so große Opfer zu bringen, so handelt er dabei doch immer in seinem Interesse, — er will nicht etwa eine Liberalität üben, son-

44) L. 1 D. de transactionib. (II. 15) „Qui transigit, quasi de re dubia et lite incerta neque finita transigit, qui vero paciscitur, donationis causa rem certam et indubitam liberalitate remittit.“ — C. Band V. b. Commentars S. 345. C. 3 fg. Nr. 1. Vgl. auch unten Note 48.

dern er sucht dadurch irgend einem Nachtheile zu entgehen. — Betrachten wir nun den Gegenstand vorläufig noch ganz unabhängig von den Bestimmungen unserer Quellen, so muß auch hier wieder unterschieden werden zwischen den Fällen, wo die Durchsetzung der Klage das Testament nur rescindirt, und wo der Ausspruch erfolgt, daß es im Rechtsinne eigentlich nie existirt habe, oder doch schon vor Anstellung der Klage ipso jure wieder zerstört worden sey. Im ersten Falle erklärt der Intestaterbe durch den Transact, daß er die Rescissionsklage nicht anstellen oder fortsetzen wolle; der Eingesezte bleibt also Erbe. Auf den materiellen Inhalt des Vergleichs kommt dabei weiter nichts an. Auch wenn der Testamentserbe die ganze Erbmasse dem gesetzlichen Erben überliesse, so würde hieraus doch nur das Verhältniß entstehen können, als wenn dieser im Fall eines nichtigen Testaments zum Besten des eingesetzten Erben auf sein Recht Verzicht leistet. Nur in Folge des richterlichen Ausspruchs, daß der Erblasser nicht befugt gewesen sey, so zu testiren, nicht durch eine bloße Privatvereinbarung, kann das Erbrecht des Testamentserben aufhören und das des gesetzlichen Erben in Wirksamkeit treten. Hier hat also ein Vergleich stets die nämlichen Wirkungen, wie ein Verzicht (s. oben Note 17). Nicht eben so bei nichtigen Testamenten. Bei den durch Klage zu rescindirenden Testamenten steht allemal fest, wor Erbe sey; so lange die Rescission nicht erfolgt, ist es der Eingesezte, das Recht des Intestaterben mag zweifelhaft oder unbestritten seyn. Wird aber Ungiltigkeit des Testaments von der einen Seite behauptet, von der anderen bestritten, so steht nichts fest, als die gegenseitigen Behauptungen. Welchen Einfluß kann nun hierauf

ein Vergleich haben? Direct überall keinen; denn durch Privatübereinkunft kann weder ein ungiltiges Testament in ein giltiges verwandelt, noch die Eigenschaft eines Erben vernichtet und auf einen Anderen übertragen werden⁴⁵⁾. Indessen können Vergleiche über solche Testamente natürlich nicht verboten werden, es muß daher auch irgend eine Norm geben, um darnach das rechtliche Verhältniß better, nicht mittransigirender, Personen zu bestimmen. Hierbei ist nun ein dreifacher Ausweg möglicherweise denkbar: Entweder betrachtet man das Testament als ein vollgiltiges; oder umgekehrt als ein nichtiges; oder man behandelt die Transigenten wie vorurtheillose Miterben wären. Der erste Ausweg ist gewiß der consequentere; denn im Zweifel ist immer die Gültigkeit einer letztwilligen Verfügung zu präsumiren⁴⁶⁾; und der Grundsatz: ein Testament muß so lange für ein zu Recht beständiges gehalten werden, bis das Gegentheil feststeht, gilt an sich auch von nichtigen Testamenten, da er eigentlich nur auf einer allgemeineren Regel beruht, auf der Regel nämlich: daß ein factisch bestehender Zustand als ein rechtlicher anzusehen und zu schätzen ist, wenn nicht die Unrechtmäßigkeit desselben nachgewiesen wird⁴⁷⁾.

45) C. U. GRUPEN *disceptationes forens.* p. 360 sqq. und besonders p. 409. Nr. 2.

46) L. 10 pr. D. de *inoff. test.*

47) L. 2. L. 21 D. de *probationibus.* (XXII. 3). L. 4 in f. C. de *edendo.* (II. 1). — Auch die Richtigkeitserklärung ist ja immer erst durch Prozeß zu bewirken (Vb. 37 des Comment. S. 251); sonst leidet die Anwendung der allgemeinen processualischen Regel: *actoris non probante reus absolvitur*, hierauf allerdings eine Anwendung.

Die zweite Möglichkeit hat unter der hier angenommenen Voraussetzung, daß wirklich das Recht des Testaments bestritten und zweifelhaft sey, gar keine Gründe für sich. Nur wenn bei entschiedenem Rechte des Notherben dennoch ein Vergleich erfolgt, — der Notherbe etwa wegen der Verwickelungen, worin sich das erbchaftliche Vermögen befindet, wegen schwieriger Auseinandersetzungen, oder zu befürchtender Streitigkeiten mit den Vermächtnisnehmern u. dgl. m. dem Testamentserben die Erbschaft gegen Uebernahme der Geschäfte und des Risiko überläßt; so hat er über ein an sich nicht zweifelhaftes Recht verfügt; folglich ist er im rechtlichen Verstande immer als Erbe zu behandeln⁴⁸⁾. Hieron ist aber jetzt nicht die Rede, und so bleibt denn nur zu erwägen übrig, ob sich der dritte Ausweg, die Transigenten als Miterben zu behandeln, mit der Voraussetzung

48) Ein Vergleich ist dies immer, nicht blos nach den Begriffen des gemeinen Lebens und dem gewöhnlichen Sprachgebrauch, sondern auch im juristischen Sinne, da durch das Testament der Notherbe und der eingesetzte Erbe einander als Gegner gegenüber gestellt sind, der erstere aber nicht etwa weicht, weil er von dem Rechte des anderen Theils überzeugt ist, oder eine Liberalität üben will, sondern die Nachtheile, welche eine Uebnahme der Erbschaft möglicherweise für ihn haben könnte, dadurch zu entfernen sucht. (So ist es auch ein wahrer Vergleich, wenn die Gläubiger eines insolventen Schuldners mit ihm einen Nachlassvertrag über ganz ungewisse Forderungen eingehen, weil sie das Sichere dem Unsicheren vorziehen). In diesem Sinne nun ist der Ausdruck Vergleich oben Bd. 35 d. Comment. S. 270 genommen, wie sich auch aus dem Zusammenhange ergibt.

eines Vergleichs über ein seiner Gültigkeit nach bestrittenes Testament verträge? Dafür läßt sich allerdings anführen: daß keines der behaupteten Rechte feststehe, daß eine also das andere auch nicht überwiegen könne, sondern das Prinzip der Theilung gleich begründeter und theilbarer Rechte zur Anwendung kommen müsse^{48a)}. Soviel verdient der erste Ausweg offenbar den Vorzug, da er mit den allgemeinen Rechtsprinzipien viel besser übereinstimmt; in unseren Rechtsquellen ist aber der dritte gebilligt, und nur in Ansehung der durch Klage zu revidirenden Testamente finden sich die obigen Resultate anerkannt. Dies soll jetzt bewiesen werden.

In der L. 20, §. 2 D. *de inofficioso testamento* heißt es: wenn der Querkulant sich mit dem Testamentserben vergleiche: „*tamen testamentum in suo jure manet, et ideo datae in eo libertates atque legata — suam habent potestatem*“⁴⁹⁾. Zwar ist hier nur von dem Verhältnisse der Vermächtnisnehmer die Rede, nicht von dem der Gläubiger; allein ganz allgemein heißt es: das Testament bleibe bei Kräften, und daraus wird nur gefolgert, daß auch die Vermächtnisse aufrecht erhalten werden. Uebereinstimmend hiermit sagt auch *Scävola* in dem ersten Buche seiner *Digesten*⁵⁰⁾:

48a) Arg. L. 1. §. 6 D. *de B. P. sec. tab.* (XXXVII. 11). L. 33 D. *de leg. I.* — S. auch noch L. 4. §. 1 D. *si cui plus, quam per Legem Falcid. licuerit* (XXXV. 3). „*Si duo ex testamento hereditatem in solidum sibi vindicent, forte quod ejusdem nominis sint, tam in possessorem quam in petitem competant actiones et creditoribus et legatariis*“ (Vgl. unten Note 70).

49) Vgl. hiermit Bd. 35 des Comment. S. 378.

50) L. 3 pr. D. *de transactionib.* (II. 15).

Imperatores Antoninus etc. Verus ita rescripserunt: *Privatis pactionibus non dubium est, non liceri per caeterorum. Quare transactione, quas inter heredes et matrem defuncti facta est, neque testamentum rescissum videri potest, nec quae mittimissis et legatariis actiones suae aut eas.* Quare, quidquid ex testamento petunt, scriptum heredem convenire debent, qui in transactione hereditatis aut cavit sibi pro oneribus hereditatis, aut si non cavit, non debet negligens suam vel alienam injuriam referre⁵²⁾.

Daß hier nicht etwa ein testamentum injustum gemeint ist, kann wohl kaum Zweifelhaft sein⁵²⁾; als Katholik konnte aber zur Zeit der Pandekten-Juristen eine solche Ansicht kaum herrschen.

Die Schlußworte „qui in transactione — ad alienam injuriam referre“ haben folgenden Sinn: der eingesezte Erbe wird von den Legatarien in Anspruch genommen, er mag sich von der Mutter des Erblassers wegen Uebernahme der Vermächtnisse Sicherheit haben bestellen lassen, oder nicht. Denn hat er dies unterlassen, so trifft der Nachtheil davon ihn selbst, nicht aber dritte Personen, über deren Recht er nicht transigiren konnte. S. das Scholium 1. Anon. und Cyrilli ad Fr. 3 pr. Basilic. de transact. (XI. 2) p. 667 sq.

52) Außer durch den Ausdruck testamentum rescissum wird dies dadurch erwiesen, daß der Testamentserbe hier geradezu als *heres* bezeichnet wird. (es heißt nicht etwa *scriptus heres*), ferner mittelbar auch durch die weiter unten zu erklärende L. 14 D. de transact. Endlich bezeugen es die Note 51 angeführten Scholien zu den Basiliken ausdrücklich. — S. auch die Erklärung dieser Stelle bei Ulp. HUBER *Eunomia Romana* ad Lib. II. Pand. p. 124. §. 5.

eine Mutter nur die querela inoff. testamenti und keine Nullitätsklage wider ein Testament haben.

Uebrigens scheint aus einer Stelle zu folgen, daß (nach der Meinung mancher Juristen wenigstens) durch Vergleich des Querulanten mit dem Testamentserben das Erbrecht auf den ersteren habe gebracht werden können, mithin die Vermächtnißnehmer sich an diesen hätten halten müssen. Es ist dies die L. 5. §. 3 u. 4 D. de appellat. (XLIX. 1), wonach den Legatarien es gestattet wird, ihre Rechte durch Appellation wahrzunehmen, wenn in fraudem ipsorum der Vergleich eingegangen ist. Indessen eine Erwägung des ganzen Zusammenhangs der Stelle ergiebt sehr bald, daß sie nicht im Geringssten etwas der oben angeführten L. 29. §. 2 D. de inoff. test. Widerstreitendes enthält. Es heißt hier in den vorausgehenden Sätzen (§. 1 u. 2): Wenn die Querel gegen den Testamentserben durchgesetzt sey, so könnten die Vermächtnißnehmer von wegen ihres eignen Rechts appelliren, und dies Recht soll ihnen auch ein durch Collusion zwischen den streitenden Theilen eingegangener Vergleich nicht entziehen können. Ein rechtskräftiges Erkenntniß müßte die Vermächtnißnehmer auch wider sich gelten lassen⁵³⁾, es erforderte daher die Billigkeit, sie in dieser Beziehung gegen Betrug sicher zu stellen.

Von einem Vergleiche über ein als nichtig. (etwa als injustum, oder irritum) angefochtenes Testament ist eine aus dem zweiten Buche der Responsa von Scävola genommene Stelle⁵⁴⁾ zu verstehen. Sie ist bereits an

53) L. 8. §. 16 D. de inoff. test. — Keller über Litiscontestation und Urtheil S. 391. Nr. c.

54) L. 14 D. de transact.

einer anderen Stelle dieses Commentars; und zwar der Hauptsache nach richtig, erklärt⁵⁵⁾. Da hierbei indessen weder auf die Punkte, mit deren Erörterung wir es jetzt hauptsächlich zu thun haben, noch auf die verschiedenen Ansichten der Ausleger die nöthige Rücksicht genommen ist, so müssen wir ihr unsere Aufmerksamkeit aufs Neue zuwenden. Sie lautet so: „*Controversia inter legitimum et scriptum heredem orta est, eaque transactione certa lege finita est; quaero, creditores quem convenire possunt? Respondit: si iidem creditores essent, qui transactionem fecissent*⁵⁶⁾, si alii creditores essent, propter incertum

55) Bd. V. §. 355. C. 83 fgg. Nr. c.

56) Daß hier etwas ausgefallen sey, wird von den meisten Auslegern, und wohl mit Recht, angenommen. Denn Scävola will sagen: sind die Erbschaftsprätendenten zugleich die Gläubiger und sie vergleichen sich über die Erbschaft, so kommt schlechthin der Inhalt des Vergleichs zur Anwendung (so interpretiren auch die Basiliens L. XI. Tit. 2. Fr. 14 ed. HEIMB. p. 686); sind es Andere, so werden sie nun als Schuldner in Anspruch genommen. Ueber die verschiedenen, zum Theil auf handschriftliche Auctoritäten gestützten Ergänzungsversuche s. die Note 100 in edit. Geb. Sp. ad h. l. Ulr. HUBER Eunom. Rom. ad h. l. p. 123. §. 1. 2. WENDEL NEUHAUS ad Guil. BEST ratio emendandi Leges Cap. 4. §. 1. Note * und Glück a. a. D. Note 31. Dieser hält übrigens mit Voorda eine Aenderung der Florentin. Lesart überall nicht für nöthig, da das *si — si —* für *sive — sive* stehen könne (so emendiren auch Manche, was doch jedenfalls vor dieser Auslegung den Vorzug verdient). C. Jo. Ortow. WESTENBERG in D. Marco Diss. III. cap. 2. §. 3.) Joh. v. de Water (obs. I. 1. p. 8) ist aber gar der Meinung, daß der Satz über-

successionis pro parte hereditatis, quam uterque transactione expresserit, utilibus conveniendus est.“ — Meistens bezieht man diese Stelle auf den nämlichen Fall, welchen Scävola in der L. 3. D. eod. behandelt, oder vielmehr, man unterscheidet überall nicht zwischen nichtigen und zu rescindirenden Testamenten, sondern setzt als sich von selbst verstehend voraus, daß bei den einen wie bei den anderen ein Vergleich in Beziehung auf das Verhältniß zu dritten Personen nothwendig die nämlichen rechtlichen Folgen erzeugen müsse. Um aber den Vorwurf schwankender und widersprechender Rechtsansichten von Scävola zu entfernen, legen Manche darauf ein besonderes Gewicht, daß in der L. 3 von Vermächtnisnehmern, in unserer Stelle von Gläubigern des Erblassers die Rede sey⁵⁷⁾. Das Beste was dafür gesagt werden kann, daß diese Fälle verschieden zu behandeln seien, findet sich meines Wissens bei A. Faber⁵⁸⁾, welcher übrigens ganz richtig bemerkt, daß die L. 3 von einem test. inofficiosum, die L. 14 von einem nichtigen Testamente handle, indessen der Meinung ist, daß die Vermächtnisnehmer auch im Fall eines Vergleichs über ein als nichtig angefochtenes Testament nur gegen den eingesetzten Erben klagen könnten, vorausgesetzt daß

flüssige Worte enthalte. S. darüber unten Note 69 und den dazu gehörigen Text.

57) Glossa Acc. *pro parte hereditatis ad h. l.* (In der Accursischen Glosse finden sich aber auch fast alle nachher zu erwähnenden verschiedenen Ansichten referirt). WENZSTENBERG Diss. cit. S. 11. 12; zum Theil auch Ulr. Huber, s. unten Note 64.

58) A. FABER Rational. ad Pand. h. l. interpr. b. n. e; p. m. 293 sqq.

sie das Vorhandenseyn eines rechtsgiltigen Testaments zu erweisen im Stande seyen⁵⁹). Seine Gründe nun sind: Gläubiger machen ihre Ansprüche gegen den gesetzlichen, wie gegen den testamentarischen Erben geltend, Vermächtnisse hängen aber von dem Testament ab, sie können daher nur unter der Voraussetzung, daß sie in einer zu Recht beständigen, letztwilligen Verfügung angeordnet sind und von dem, welchem sie auferlegt sind, gefordert werden. Directe Klagen stehen freilich auch den Creditoren nicht zu, da diese nur gegen den wirklichen, testamentarischen oder gesetzlichen, Erben Statt finden. Hier legt sich Jeder Erbrecht bei, und zwar der Eine testamentarisches, der Andere gesetzliches; beide Delationsgründe können aber nach strengem Rechte neben einander nicht bestehen. Immer dürfen indessen doch die Gläubiger wider die Inhabet der Erbschaft als solche Klagen, wogegen die Vermächtnißnehmer überhaupt nur wider den eingesetzten Erben ein Klagerecht haben, weshalb ihnen entweder eine directe Klage oder gar keine zusteht⁶⁰). — Daß den Vermächtnißnehmern ein Forderungsrecht gegen die Intestaterben zugestanden wird, ist allerdings eine Anomalie, aber doch im röm. Rechte nichts Unerhörtes, auch ohne daß einmal durch Hinzufügung der Codicillarclausel die Fiction vermittelt wird,

59) Diesen Beweis hält Faber für nöthig, weil der eingesetzte Erbe den Erbschaftstheil durch den Vergleich, nicht durch das Testament erhalten habe (s. dagegen die weiter unten im Texte folgende Bemerkung).

60) „Necesse est (so schließt er), ut legatarii vel directam actionem habeant, vel nullam. Directam habere, non possunt, cum successionis ius praesens incertum est; ergo nullam.“

es seien die Intestaterben eingesetzt und vom Testirer zur Erfüllung der testamentarischen Auflagen aufgefordert⁶¹⁾. Offenbar geht nun Scävola hier davon aus, daß wegen Ungewißheit des Erbrechts (propter incertum successionis) auch die erbschaftlichen Verbindlichkeiten — versteht sich im Verhältnisse des aus der Erbmasse an Jeden gekommenen Theils — unter den Transigenten getheilt seyn sollen. Gläubiger sind zwar nur genannt, allein Scävola will ja nicht etwa allgemeine Lehren vortragen, sondern er begutachtet einen ihm vorgelegten Fall. Daß Gläubiger ihr Recht wider jeden Erben geltend machen dürfen, Vermächtnißnehmer aber sich in der Regel an den Testamentserben halten müssen, kann eine wesentliche Verschiedenheit nicht begründen, da einmal das strengrechtliche Prinzip verlassen und angenommen ist: die Gläubiger sollen sich bei der Ungewißheit darüber, wer eigentlich der rechte Erbe sey, an Beide halten dürfen. Da nun eine gleiche Ungewißheit doch auch in Ansehung des Verhältnisses zu den Vermächtnißnehmern eintritt, so erfordert es die Consequenz, diesen ebenmäßig ein gleiches Recht wider Beide, unbekümmert darum, welcher der wahre Erbe sey, zuzugestehen⁶²⁾. Will man nun aber diese Ungewißheit einmal gegen die Legatarien geltend machen, so darf man consequenterweise ihnen

61) Es mag hier nur daran erinnert werden, daß bisweilen auch die durch quer. inoff. test. hinterlassenen Vermächtnisse bestehen blieben (Bd. 35. S. 375 fgg. Nr. 2), besonders aber an das Recht der Nov. 115.

62) Es wurden ja auch sonst die Klagen der Vermächtnißnehmer in gewissen Beziehungen als hereditariae actiones, gleich denen der Gläubiger betrachtet. L. 40 D de Obl. et A. (XLIV. 7).

eben so wenig eine Klage wider den eingesezten, als wider den gesetzlichen Erben zugestehen. In der That behauptet dies A. Faber auch (s. Note 60); jedoch sollen sie unbekümmert um den Vergleich die Rechtmäßigkeit des Testaments gegen den eingesezten Erben behaupten und beweisen dürfen, um auf diesem Wege das ihnen aus dem Testament Gebührende zu erhalten. Allein welches ein unnatürliches Resultat kommt dadurch zum Vorschein. Zunächst finden wir ja doch in Scävola's Ausspruch den Satz, welchen wir als geltende Rechtsnorm betrachten müssen: wer der wahre Erbe ist, bleibt auch in Ansehung dritter Personen ununtersucht, diese sollen in dessen dabei nichts verlieren. Aber nicht nur hierüber soll sich der Richter hinwegsetzen, wenn er über die Klage der Legatarien entscheidet, sondern der eingesezte Erbe, welcher gegen den gesetzlichen Erben die Gültigkeit des Testaments vertheidigte, soll nunmehr dessen Ungültigkeit behaupten dürfen!

Anderer suchen eine Vereinigung der L. 3. und L. 14 D. *de transact.* so zu bewirken, daß sie annehmen: die erste Stelle spreche von dem Falle, wo aus dem Vergleich wenig oder gar nichts von der Schmasse an den gesetzlichen Erben komme⁶³). Nun versteht sich allerdings von selbst, daß wenn in Beziehung auf ein Testament, dessen Nichtigkeit behauptet wurde, ein eigentlicher Vergleich abgeschlossen wird, wodurch der gesetzliche Erbe dem testamentarischen die ganze Erbschaft überläßt (was wohl schwerlich vorkommen dürfte), das Theilungsprinzip nicht zur Anwendung kommen kann, indem ja der Umfang der Verbindlichkeiten eines jeden Transigenten nach dem Antheile zu bestimmen ist, den derselbe aus

63) S. die Acc. Gl. a. a. D.

der Erbmasse erhält. Betrifft dagegen der Vergleich ein- als inofficiosum angefochtenes Testament, so wird allemal der eingesetzte Erbe, nach dem was oben (Note 17 und S. 152) ausgeführt wurde, als der alleinige Erbe behandelt, auch dann noch, wenn ihm gar nichts verbleiben sollte.

Nach einer dritten Meinung soll unterschieden werden, ob ein Theil der Erbschaft dem gesetzlichen Erben überlassen, oder demselben nur eine Abfindung gegeben ist. Im letzteren Falle bleibe der Testamentserbe alleiniger Erbe, und davon sey die L. 3 zu verstehen; im ersteren werde der Intestaterbe für den auf ihn gekommenen Theil auch als Erbe verpflichtet⁶⁴⁾. Soll nun hierauf überhaupt etwas ankommen können, so müßte man dies so verstehen, daß im ersteren Falle Erbrecht, im letzteren nur Geld und Geldeswerth auf den gesetzlichen Erben übertragen worden sey⁶⁵⁾. Daß indessen das Erbrecht überhaupt kein Gegenstand der Ueberlassung durch Verträge seyn kann, bedarf hier wohl keiner näheren Auseinandersetzung. Mit Recht erklärt sich daher Ger. Noobt gegen diese, wie gegen die übrigen der bisher angeführten Meinungen⁶⁶⁾. Er selbst geht von der Vor-

64) *Udalr. ZASIVS* Paratitla ad Pand. tit. de transactionib. Nr. 14. — *Ulr. Huber* sucht diese Ansicht mit der zuerst vorgetragenen zu verbinden: die L. 3 handle von dem Falle, wo Legatarien, nicht Gläubiger, ihre Ansprüche geltend machen wollten, und überdies der gesetzliche Erbe nur abgefunden sey, nicht partem hereditatis erhalten habe; *Praelect. ad Pand. Lib. II. Tit. 15. §. 12 u. Eunom. Rom. ad h. l. Nr. 5. p. 124 sq.*

65) So versteht diese Meinung auch *Noobt Probabil. 2. §. 5.*

66) *Probabil. jur. Lib. II. c. 2.*

aussetzung aus: Scävola habe hier wie in anderen Fällen bald so, bald so entschieden, nicht nach seiner Ueberzeugung, sondern nach Gunst⁶⁷⁾. Gegen diesen Vorwurf parteilicher und bestechlicher Gesinnung, der ihm freilich auch von Anderen gemacht ist⁶⁸⁾, vertheidigt den Scävola sehr ausführlich Joh. v. de Water⁶⁹⁾, welcher übrigens seinen Lesern die Wahl zwischen zwei verschiedenen Erklärungen läßt. Nach der einen soll man die Worte: *si alii creditores essent* für ein bloßes Einschiesel, die Ausgeburt eines unwissenden Menschen, erklären, mithin das ganze Responsum bloß von dem Falle verstehen, wenn die Transigenten zufällig auch Gläubiger des Erblassers waren. Zwar sey die Forderung des Testamentserben, den man als den wahren Erben zu betrachten habe, durch Confusio erloschen; allein er mache sie als eine durch den Transact novirte gegen den gesetzlichen Erben geltend. Die Forderung des Letzteren sey zwar nicht durch Confusion zerstört, aber doch ebenfalls novirt, und so klage er denn aus gleichem Grunde gegen den Testamentserben! Wie wenig diese unglückliche Erklärung zu der Frage paßt: Wen nun die Gläubiger belangen sollen — *creditores quem convenire possunt?* (denn dies setzt doch offenbar voraus, daß hier auch von dritten Per-

67) „Magis censeo, Scaevolam non ex animi sui sententia respondisse, sed, ut amico rem gratam acceptamque faceret, a jure certo longius quam oporteret recessisse;“ l. l. §. 2. (Opp. T. I. p. 32 B.)

68) So besonders von Fr. CONNANUS comment. jur. civil. Lib. VI. Tit. 3. Nr. 9.

69) Observationes juris Rom. Lib. I. cap. 1. p. 4 sqq. — S. auch Ulr. HUBER Eun. Rom. ad h. l. nr. 4. p. 124.

sonen die Rede ist), ferner zu dem Entscheidungsgrunde: *propter incertum successionis* sey anzunehmen: Weibe, — dies fühlt v. d. Water recht gut; daher giebt er noch eine zweite Erklärung folgenden Inhalts: die L. 14 sey durch Tribonian interpolirt, welcher dabei die Bestimmung der L. ult. §. 1 C. de hered. pet. vor Augen gehabt, wonach der Erbschaftsbefizer während eines Streits über das Erbrecht von den Gläubigern wirksam in Anspruch genommen werden kann, so, daß er bei vortheilhafter Restitution der Erbschaft an den siegenden Gegner den Werth der bezahlten Schulden abzieht⁷⁰⁾. Indessen ist dies nicht nur eine durch gar nichts erwiesene Behauptung, sondern beide Stellen sind wesentlich darin verschieden, daß nach der L. ult. Cod. cit. vorausgesetzt wird, es werde über die Frage: Wer Erbe sey? eine bestimmte Entscheidung noch erfolgen, in dem Falle der L. 14 aber der Streit zwischen dem gesetzlichen und testamentarischen Erben durch Vergleich vollständig beigelegt ist, darum eben denn aber die Frage wegen des *Ius successionis* für immer unentschieden bleiben muß. Ich übergehe andere Erklärungen⁷¹⁾, und bemerke nur,

70) v. d. WATER l. 1. p. 12 sqq. — Darum hält er denn auch die L. 4. §. 1 D. si cui plus, quam per legem *Falcidiam* *licuerit* (s. oben Note 48) für interpolirt. Auch Andere sind dieser Meinung (s. POTHIER Pand. Justin. ad h. l. T. II. p. 522. Note b.). Von der eigentlichen Bedeutung dieser Stelle und ihrem Verhältnisse zu anderen Bestimmungen (namentlich L. 62. §. 1 D. de heredit. inst.) kann erst unten bei §. 1442 die Rede seyn.

71) Vgl. hierbei BAST ratio emendandi leges Cap. 4. §. 1 sqq. Er selbst ist der Meinung, daß in der L. 14 von einem Vergleiche zwischen dem Fideiuciarerben und dem

daß, was Noobt ausdrücklich sagt: es mache hier gar keinen Unterschied, ob das Testament nichtig sey, oder durch Klage rescindirt werde, indem in allen Fällen dieselbe Ungewißheit über das Erbrecht eintrete⁷²⁾, — von Anderen, mehr oder weniger deutlich, gedacht ist. Allein diesen Vordersatz darf man gewiß für falsch erklären, da die juristische Consequenz erfordert, den in einem inofficiosum testamentum Eingesezten allemal für den wahren Erben zu halten, wenn die Querel gegen ihn nicht angestellt oder durchgesezt wird. Wie man daher auch immer Scävola's Entscheidung denken möge, hierin verdient sie gewiß keinen Tadel, daß der Fall in der L. 14 D. de transact. anders bestimmt ist, als der in L. 3 Cod. vorgetragene, da sich zwischen beiden eine innere Verschiedenheit findet. Daraus wird denn auch mit Recht in den Scholien zu den Basiliken⁷³⁾ die Verschie-

delcommissarischen die Rede sey, weiß aber diese Idee nicht besser zu begründen, als dadurch daß der erstere in den Quellen scriptus heres genannt werde, der letztere wegen der nach dem Senatusconsultum Trebellianum an ihn zu bewirkenden Restitution sehr füglich legitimus heres genannt werden dürfe! (L. 1. §. 8 sqq.). Die Gründe, welche dieser seltsamen Auslegung entgegenstehen, ergeben sich aus dem Ausdruck und dem Inhalt der Stelle ganz von selbst. — H. Schulting's Erklärung dieser Stelle (in der Enarratio partis primae Digestorum Tit. de transactionib. §. 17) ist so unbestimmt und schwankend, daß man deutlich sieht, er sey mit sich selber über die Sache nicht im Klaren gewesen.

72) Probabil. jur. II. 2. §. 6.

73) Bei HELMBACH T. I. p. 686 sq. Schol. 1 u. 5. — Da übrigens diese Scholien aus so verschiedenen Quellen geschöpft sind, so kann es nicht auffallen, daß auch ein-

denheit der Entscheidung abgeleitet: man dürfe, heißt es hier, bei dem Fall, den Scävola in der L. 14 vortrage, nicht an ein *inofficiosum testamentum* denken, wovon in L. 3 gehandelt werde, sondern es sey daselbst ein *non jure factum, falsum, ruptum*, mit einem Worte ein von selbst wichtiges Testament gemeint⁷⁴⁾. Bei dem test. inoffic. sey ja der Erbe immer gewiß, daß die Querel gegen ein an sich gültiges Testament angestellt werde, der von Scävola angeführte Grund, daß die Gläubiger *propter incertum successionis* gegen Beide Klagen könnten, passe daher nur auf einen Vergleich über ein Testament, dessen Wichtigkeit behauptet werde⁷⁵⁾. Daß demungeachtet Scävola's Respon-

gelne Anklänge von oben verworfenen Meinungen sich hier finden; das Schol. 2 u. Schol. 5 in f. Dort heißt es: „*Foris frater meus defunctus reliquit honestum et inhonestum heredem*“ Hier: „*Ceterum ibi de legataris loquitur, hic autem de creditoribus. Sic enim Enantiophanes utrumque caput conciliat*.“ Man sieht bald, daß diese Stellen von ganz andern Verfassern herrühren (Vgl. auch die der nächsten folgende Note 76).

74) Zum Beweise dafür wird auch der allgemeine Ausdruck *legitimus* angeführt, welcher ja nicht bloß auf Notherben, sondern auf alle Intestaterben gehe; s. das Schol. 1.

75) Es ist dies Alles mit großer Klarheit und richtiger Einsicht in die Natur der Rechtsverhältnisse, worauf es hier ankommt, entwickelt. Dennoch werfen die Andersdenkenden mit einem Scholiasta graeculus und anderen Prädicaten um sich, die ihre Nichtachtung bezeichnen sollen (s. z. B. *Ulr. Höber Eunom. Rom. p. 125. Nr. 7*), wie dies ja auch von manchen Neueren mit eben so wenig Grund geschieht. Gewadzu umphr ist es aber, wenn u. d. WATER (l. l. p. 8) von den Scholien sagt: „vul-

zum nicht vollkommene Billigung verdiene, geht aus dem Obigen hervor (f. S. 153); hier kam es indessen nur darauf an, seine Meinung darzustellen und zu erklären.

§. 1428.

II) Vom *ruptum testamentum*, und zwar 1) in Folge einer Willensänderung des Testirers. — Einleitende Bemerkungen.

Kumpirt wird ein Testament entweder durch den geänderten Willen des Testirers, oder durch Agnation eines Nacherben (§. 1432). Hierauf gründen manche Neuere die Distinction eines *testamentum vere ruptum* und *praesumptive ruptum*⁷⁶⁾, eine Unterscheidung, die nicht bloß unnöthig ist, sondern auch von einer Voraussetzung ausgeht, die gewiß für sehr viele Fälle nicht zutrifft: daß nämlich die Zerstörung des letzten Willens durch einen Postumus auf dem vermuthlichen Willen des Erblassers beruhe. Wäre dies in der That der Grund, so würden die Testamentserben zum Beweise gelassen werden müssen, daß der Erblasser es so nicht gemeint habe; wollte man aber diese f. g. Vermuthung auch als eine *praesumptio juris et de jure* bezeichnen, so würde auf diese Weise doch immer ein logisch falscher Begriff zu Tage gefördert seyn, indem auch selbst den unumstößlichen juristischen Gewißheit begründenden Vermuthungen ein Wahrscheinlichkeitschluß zu Grunde liegen muß, soll

garem canunt cantilenam.“ Denn findet sich gleich die richtige Ansicht schon in der Accursischen Glosse angedeutet, so ist sie doch weder die gewöhnliche, noch irgendwo so bestimmt und zusammenhängend ausgesprochen, wie in den griechischen Scholien.

76) So Hellfeld in diesem §., welchem auch H. D. Weber in der Erläuterung der Pand. Bd. 2. §. 1428 folgt.

andere, der Name mit dem Begriff nicht geradezu im Widerspruch stehen⁷⁷⁾).

Einsseitige letztwillige Verfügungen können von ihrem Urheber zu jeder Zeit, ausdrücklich oder stillschweigend, willkürlich wieder aufgerufen werden: „*ambulatoria enim est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum*“⁷⁸⁾. Ob aber diese Regel nicht gewissen Einschränkungen und Ausnahmen unterworfen sey? ist theilweise sehr streitig. Es lassen sich diese Streitigkeiten auf die folgenden drei Fragen zurückführen: Erstlich, welche Wirkungen hat hier die s. g. *clausula derogatoria*? Zweitens, kann die Unwiderruflichkeit eines Testaments durch Vertrag begründet werden? Drittens, können auch wechselseitige Testamente (s. g. *testamentā reciproca*) einseitig widerrufen werden?

I. Unter Clauseln versteht man gewisse Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften, welche den Zweck haben, die rechtliche Bedeutung des Geschäfts genauer zu bestimmen und künftigen Streitigkeiten über dessen Wirkungen nach Möglichkeit vorzubeugen⁷⁹⁾. Es haben sich

77) S. hierüber meine *doctrina Pandectar.* §. 146. Note 13.

78) L. 4 in f. D. *de adimandis vel transferendis legatis.* (XXXIV. 4). — Vgl. L. 6 C. *qui test. fac. poss.* (VI. 22). Auch wenn man den Kaiser zum Erben eingesetzt habe (heißt es hier), könne man dennoch das Testament willkürlich wieder aufheben. S. auch L. 10 C. *de test.* (VI. 23), wo das Recht willkürlicher Aufhebung des letzten Willens durch *commutationis arbitrium* bezeichnet wird.

79) *Herr. de Cocceji* (resp. *Ge. Conr. Schöffner*) *Diss. de clausulis testamentorum* Frf. ad Viadr. 1691. (auch *Exercitation. curiosarum* Vol. I. *Disput. LXXIX.*

für diese Clausela durch die Praxis gewisse Namen und Begriffe gebildet, als: die confirmatorische, (reservatori-
sche⁸⁰⁾), derogatorische Clausel u. a., auch wohl her-
kömmliche Formeln, deren Beobachtung aber nicht noth-
wendig ist. Ist genügt es, den technischen Namen der
Clausel hinzuzufügen, weil deren Bedeutung hinreichend
bestimmt und anerkannt, mithin die Willensmeinung des
Disponenten keinem Zweifel unterworfen ist. Gantel
aber ist es, eine genauere Erklärung seines Willens hin-
zuzufügen, und besser noch den technischen Namen einer
Clausel ganz wegzulassen, wenn ihr Begriff unbestimmt
und zweideutig ist. Dies gilt nun insonderheit von der
hier vorzugsweise in Betracht kommenden *clausula de-
rogatoria*⁸¹⁾). Man versteht zwar gewöhnlich darunter
die Bestimmung, wodurch künftige Dispositionen im
Vorauß für ungültig erklärt werden⁸²⁾), insonderheit solche,
die mit dem Inhalt einer gegenwärtigen Verfügung sich

p. 1156 sqq.) Cap. I. Nr. 5. — Vgl. auch meine
doctr. Pand. Vol. I. S. 112.

80) Auch diese Clausel kommt, wie die derogatorische, vor-
züglich bei Testamenten vor. Es behält sich vermittlest
ihrer der Testator vor, wirksame Nachträge, Abände-
rungen, nähere Bestimmungen und Erläuterungen seiner
testamentarischen Dispositionen hinzuzufügen. S. hierüber
besonders *Corn. v. BYNKERSHOEK observationum ju-
ris privati Lib. III. Cap. 4. §. 5.*

81) Zwei der angesehensten Civilisten haben sich mit einer
Erörterung dieser Clausel beschäftigt; *COJACIUS* in ob-
servat. jur. Rom. Lib. XIV. C. 7 und *van BYNKERS-
HOEK* observat. jur. privati. Lib. III. C. 6.

82) *C. §. 3. L. 22 pr. D. de legat. et fideic. III.* „Si
quis in principio testamenti adscripserit: *cuius bis lo-
gandus, semel debet videri.*“ —

nicht vertragen, wodurch diese also abgeändert oder aufgehoben wird⁸²⁾; indessen wird auch wohl angelehrt die in einer späteren Disposition enthaltene Aeußerung darunter verstanden, daß die frühere — ganz oder zum Theil — nicht mehr gelten solle⁸³⁾. Diese letztere Bestimmung gehört keineswegs zu den unnützen oder überflüssigen Klauseln, wofür sie STRYK erklärt⁸⁴⁾,

83) Dahin gehört denn auch die bei Justinian so beliebte Formel: *hac lege perpetuum valitura sancimus u. f. w.*

84) S. BYNKERSHOEK l. l. cap. 6 init. und meine doctr. Pand. Vol. 3. §. 653. Note 4 und den dazu gehörigen Text. — Uebrigens ist mit beiden Begriffen nicht zu verwechseln die s. g. *clausula privatoria* oder *cassatoria*. Denn obgleich besonders der letztere Ausdruck wörtlich genommen auf beide Bedeutungen von *derogatoria cl.* bezogen werden kann, so wird doch in der Regel darunter die Erklärung des Testirers verstanden, daß ein Honoratär der Vortheile aus dem Testamente verlustig gehen solle, wenn er dasselbe nicht besitzen lassen, oder die darin festgesetzten Modalitäten und Auflagen nicht erfüllen werde. Sam. STRYK de cautel. testamentor. Cap. 24. §. 64 — 72. — KERN quaest. for. T. I. c. 92. T. III. c. 49. Weiger und Glück merkwürdige Rechtsfälle und Abhandl. Bd. 3. Abh. 36. S. 47 fgg. H. D. Weber Erläut. der Pand. Bd. 2. §. 1428. Nr. 2 b. — Uebrigens gebrauchen einzelne Schriftsteller den Ausdruck *cassatoria clausula* nicht bloß in dem zweiten Sinne (z. B. HOFACKER princip. jur. Rom. Germ. T. II. §. 1347. Nr. V) sondern selbst in dem ersten — nämlich als Klausel, wodurch im Voraus ein künftiger letzter Will. vernichtet wird. So WARNKOENIG comment. jur. Rom. priv. T. III. §. 1036. Note 6. HAMBROGER jus Rom. priv. idque purum T. III. §. 334. Nr. 2.

85) Sam. STRYK cautel. test. cap. 2. §. 13. Er führt hier

ſie kann vielmehr vielfältig dazu dienen, Zweifelſen und Streitigkeiten in den Fällen vorzubeugen, wo eine neuere Dispoſition nicht, ſchon von ſelbſt, d. h. durch ihr bloßes Daſeyn einer früheren derogirt⁸⁶⁾. Indeffen geht aus hier nur die erſte Bedeutung etwas an. Wir verſtehen alſo darunter die Clauſel, wodurch ein Teſtator künftige Verfügungen im Voraus vernichtet, inſonderheit aber ſeinen gegenwärtigen letzten Willen für unabänderlich erklärt.⁸⁷⁾

folgende Clauſel als eine unnütze an; „in dieſem meinem Teſtamente widerrufe und erkenne ich für null und nichtig alle andere Teſtamente, Codizille, oder andere Acte eines letzten Willens, die ich jemahlen gemacht, oder aufſetzen laſſen“ u. ſ. w. S. indeffen die folgende Note und unten Note 90.

86) Wenn z. B. demſelben Subject in verſchiedenen Codizillen die nämliche Summe vermacht iſt, ſo kann es wenigſtens zweifelhaft ſeyn, ob ſie in der That mehrmals oder nur einmal vermacht ſeyn ſolle. Zweifelſen hierüber beugt man am leichtesten durch die dem letzten Codizill beigeſetzte Derogatorclauſel vor. Ja in einem Falle, wo eine Derogatorclauſel im erſten Sinne vorausgegangen war, erklärt Hermogenian die ausdrückliche Aufhebung derſelben (alſo wie wir ſagen würden: die Hinzufügung der Derogatorclauſel im zweiten Sinne) für nöthig, damit jene ihre Wirkung verliere. S. unten Note 92.

87) Dieſen Begriff muß man bei unſerer Streitfrage hauptſächlich vor Augen haben. (Die älteren Juristen drückten die Clauſel ſo aus: „Sollte ich auch gleich nach dieſem ein Teſtament und letzten Willen verfertigen, ſo will ich doch, daß ſolcher nicht gelten, ſondern dieſes Teſtament unverbrüchlich gehalten werde.“ S. Coccei diſſ. cit. Cap. 2. §. 133). Doch kann der Teſtator auch die Ungültigkeits-

Daß nun ein Testirer durch den Gebrauch dieser Clausel geradezu seinen eignen Willen nicht binden könne, ist im Allgemeinen unbestritten. Es fragt sich jedoch, ob in einem solchen Falle das zweite Testament durch sein bloßes Daseyn das frühere zerstöre, oder ob der Testirer in demselben ausdrücklich erklären müsse, daß er die frühere Verfügung wieder aufrufe? Dies haben Manche hauptsächlich aus dem Grunde behauptet, daß leicht ein Zweifel über die wirkliche Willensmeinung des Testirers entstehen könne, wenn sich in der späteren Verfügung eine so deutlich und bestimmt ausgesprochene Erklärung gar nicht berücksichtigt finde⁸⁸⁾. Die gemeine Meinung hat sich indessen sehr entschieden für das Gegentheil er-

klärung des künftigen letzten Willens nur unter gewissen Modificationen ausdrücken (s. darüber weiter unten im Text Nr. 2). Sodann ist es ebenfalls eine Derogatorclausel im ersten Sinne, wenn der Testirer z. B. bestimmt: sollte ich dem Titius wiederholt diese Summe vermachen; so soll das Vermächtniß doch nur einmal gelten. Indessen ist die Wirkung dieser Clausel allerdings sehr verschieden von der obigen. S. unten Note 92. u. S. 176 fgg.

- 88) S. Joh. a SANDK decisions Frisicae. Lib. IV. Tit. 1. Defin. 10. Er behauptet sogar, dies sey die gemeine Meinung. Den Beweis davon ist er schuldig geblieben. Doch glaube ich gerne, daß in einer früheren Zeit sich sehr Viele der falschen Ansicht, welche allerdings manche allgemeine Gründe für sich hat, zugewandt haben mögen. Wenigstens klagt A. FÄBER in den errores Pragmaticor. Dec. XXXVII. Err. 7 über diesen „error in schollis et in foro frequens, quem antiqui glossatores invexerunt;“ und Dec. XXXVIII. Err. 1 spricht er von einem „inveteratus error.“ Von den späteren Juristen vertheidigt diese Meinung besonders STARK caut. test. c. 24. §. 54 sq.

Härt⁸⁹⁾), und sie hat auch gewiß die überwiegenden Gründe für sich, vorausgesetzt nämlich, daß man hierbei nur an eigentliche Testamente, oder an solche letztwillige

89) Wenigstens in der späteren Zeit. S. A. FABER error. Pragm. Dec. XXXVII. Err. 7. Dec. XXXIX. Err. 1. (S. auch Dec. XXXVIII. Err. 1, wo er ausführt, daß, wenn auch ein Widerruf erfolgen müsse, dieser doch ohne spezielle Beziehung auf das frühere Testament, also in allgemeinen Ausdrücken erfolgen könne, z. B. non obstante quocumque testamento u. dgl. Denn auch hierüber wurde damals gestritten). *Ulr. HUBER* comment. ad h. t. Pand. Nr. 5. *Jo. VOET* comment. ad Pand. ad h. t. §. 10. *MANZIUS* de test. valido et invalido. Tit. XXII. Nr. 21. 22. *Ant. MERENDA* controvers. jur. civ. Lib. IV. C. 49. *J. N. HERTIUS* Diss. de lege, clausula ut ne abrogari unquam possit, munita; Sect. I. §. 8. (in den comment. et opusc. Vol. I. P. III. p. 7). *Jo. Balth. a WERNHER* observat. for. T. I. P. I. obs. 205. *Henr. de COCCEJ* diss. cit. cap. 2. §. 156. *Corn. v. BYNKERSHOEK* l. I. KIND quaest. for. T. I. c. 59. — Ferner die neueren Lehrbücher und Commentare. S. *Mich. Godofr. WERNHER* lect. comment. in Pand. P. II. h. t. §. 2. *Höpfner* im Commentar über die Heinecc. Institutionen s. 518. Not. 1 u. den dazu gehörigen Text. *Hellfeld* in diesem §. *HOFACKER* princ. jur. civ. Rom. Germ. T. II. §. 1347. *Thibaut* System des Pand. Rechts Bd. 2. §. 976. (d. 8. A.). *GÜNTHER* princip. jur. Rom. T. II. §. 791. init. *Hufeland* Lehrb. des gem. Civilr. Bd. II. §. 1297. *Schweppe* das röm. Privatr. in seiner heut. Anwendung, nach der Bearbeitung von W. Majer Bd. V. §. 869. Note 1. *A. G. v. Hartisch* das Erbrecht nach heut. und röm. Rechten §. 420. *WARNKÖNIG* comment. jur. Rom. priv. T. III. §. 1036. Note 6. *HAMBERGER* jus Rom. privatum idque purum. T. III. §. 334. Nr. 2.

Verfügungen enthält, welche die Einsetzung eines k. g. directen Erben enthalten. Denn auf Codicillarverfügungen läßt sich dies wenigstens nicht unbedingt anwenden. Es ist nämlich bekannt, daß mehrere Codicille desselben Testirers neben einander bestehen können⁹⁰⁾. Da nun durch den späteren Codicill der frühere nicht aufgehoben wird, so darf man auch nicht sagen, daß der Testirer durch die bloße Errichtung des zweiten Codicills die Aenderung seines Willens an den Tag gelegt habe, sondern es müssen andere unzweideutige Merkmale dafür vorhanden seyn. In vielen Fällen wird sich dies aus dem Inhalte der Disposition ganz von selbst ergeben, und alsdann muß freilich die nämliche Wirkung eintreten, wie bei mehreren Testamenten⁹¹⁾; in anderen dagegen wird es zweifelhaft bleiben, und da versteht es sich denn, daß die erste Erklärung des Testirers so lange respectirt werden muß, bis er sie ausdrücklich widerruft. Von einem solchen Falle spricht Hermogenian in der unten angeführten Stelle⁹²⁾. Die von einem Testirer (heißt es,

90) §. 3. J. de codicillis. L. 6. §. 1 D. de jure codicillor. (XXIX. 7.).

91) Arg. L. 3. C. de codicillis (VI. 36) — „in dubium non venit, id, quod priori codicillo inscripserat (mater), per eum (codicillum), in quem postea secreta voluntatis suae contulerat, si a prioris tenore discrepat, et contrariam voluntatem continet, revocatum esse.“

92) L. 22. pr. D. de leg. III. „Si quis in principio testamenti adscripserit: *est bis legavero, semel deberi volo*, postea eodem testamento vel codicillis sciens saepe eidem legaverit, *suprema voluntas potior habetur*, nemo enim eam vibi potest legem dicere, ut a priori ei recedere non liceat. *Sed hoc*

hier) im Eingange seines Testaments gemachte Erklärung finde sich ein Vermächtniß für ein gewisses Individuum auch mehrmals angeordnet, so solle es doch nur einmal gelten, — werde unwirksam, wenn dennoch mehrere Vermächtnisse in der Absicht, daß sie sämmtlich gelten sollten sich angeordnet fänden, indem der zuletzt erklärte Wille jedenfalls den Vorzug habe; doch müsse der Testirer erklären, daß dies wirklich seine Absicht sey. Cujacius hält nun die Schlußworte („Sed hoc ita — — — accipiat“) für interpolirt, da sie weder der Kürze und Bestimmtheit, womit Hermogenian in seinen *Libris epitomarum* sich auszudrücken pflege, angemessen sey, noch zu den vorausgegangenen Aeußerungen passe: „*exigit ante scientiam, nunc exigit specialem derogationem. Quid enim scientiam, si et praeter eam specialem derogationem desideras? aut quid specialem derogationem, si scientia contentus es?*“⁹³⁾). Sym stimmt A. Faber bei, indem er sich auch noch darauf stützt, daß man mit Unrecht die Worte: „*si sciens saepe eidem legaverit*“ auf die im Anfange des Testaments enthaltene Derogatorclausel beziehe, da sie vielmehr nur bedeuteten, daß der Testirer bei der späteren Anordnung eines Vermächtnisses des früheren Vermächtnisses wohl eingedenk gewesen sey⁹⁴⁾). An und für sich läuft es nun wohl auf Eins hinaus, ob man sagt: das folgende Legat gilt, wenn der Testirer es in der Absicht

ita locum habebit, si specialiter dixerit, prioris voluntatis se poenituisse, et voluisse, ut legatarius plura legata accipiat.“

93) Cujacii observat. Lib. XIV. c. 7.

94) A. Faber error. Pragmaticor. Dec. XXXVII. Err. 8. Nr. 20 sqq.

anordnet, daß auch das frühere daneben bestehen solle, oder: es gilt, wenn er die Derogatorclausel nicht länger bestehen lassen will. ... Schwerlich aber darf man mit A. Faber behaupten: es sey ganz gleichgiltig, ob er überhaupt an die Clausel gedacht habe, oder nicht, wenn er nur wesentlich, d. h. des früheren eingedenk, das zweite Legat anordne. Wenn z. B. der Testirer sagt: „ich vermache dem A. 200 Rthlr. in Gold,“ und an einer folgenden Stelle des Testaments oder auch in einem Codicill bestimmt: „ich vermache dem A. die 200 Rthlr. in Gold, welche ich bei dem Titius ausstehen habe,“ so wird auch ohne die obige Clausel („Si cui bis legavero, semel deberi volo“) es mindestens sehr zweifelhaft seyn, ob verschiedene Vermächtnisse gemeint seyen, oder das zweite nur eine sich auf das erstere beziehende Demonstration enthalte; ist aber vollends die Clausel gebraucht, so leidet es nun gewiß nicht das geringste Bedenken, daß das Vermächtniß nur einmal gelte, falls nicht der Testirer ausdrücklich das Gegentheil bestimmt hat. Auch hier geht also die letzte Willenserklärung des Testirers der früheren vor; allein es muß feststehen, daß der Testirer diese habe aufheben wollen. Von einem Falle nun, wo dies zweifelhaft war, spricht Hermogenian, und darum verlangt er mit Recht eine ausdrückliche Erklärung des Testirers zur Begründung der Behauptung, daß beide Vermächtnisse gefordert werden könnten. Weder der Zusammenhang der Gedanken, noch der Ausdruck rechtfertigt hier den Tadel des Cujacius: der Testirer soll an seine frühere Erklärung nicht gebunden seyn, jedoch es muß seine Absicht sie aufheben zu wollen nicht bezweifelt werden dürfen⁹⁵). Nach einer sehr verbreite-

95) Einen ähnlichen Fall trägt Ulpian in der L. 14. pr. Gluck Erläut. v. Pand. 38. Th.

ten Meinung nun soll man hier unterscheiden zwischen den Fällen, wo der Erblasser in dem nämlichen letzten Willen und wo er in einer späteren Disposition das zweite Vermächtniß angeordnet hat; nur dort bedürfte es einer Erklärung des Testators, daß auch dies Vermächtniß gelten solle, in dem zweiten Falle verstehe sich dies von selbst⁹⁶). Diese Interpretation ist nicht nur von allen juristischen Gründen entbloßt⁹⁷), sondern sie würde

D. de leg. I. vor. „Si ita sit adscriptum: si cui legavero bis, semel heres si dato, — et eidem duas quantitates adscripserit, vel duos fundos, an utrumque debeatur? Et ait Aristo, unum videri legatum; nam quod ademptum est, nec datum videtur, secundum Celsi et Marcelli sententiam, quae vera est.“ — Hier wird also als sich von selbst verstehend angenommen, daß nur eine ausdrückliche Zurücknahme jener Aeußerung dem zweiten Vermächtnisse selbstständige Geltung verschaffen könne.

96) Schon in der Accursischen Glosse zu dieser Stelle findet sich diese Ansicht neben mehreren anderen vorgetragen. Von späteren Schriftstellern nenne ich nur Barth. CHESIVS de different. jur. Cap. XXXI. Nr. 3 sqq. (in HENNECCI Jurisprud. Rom. et Att. T. II. p. 710). ULR. HUBER praelect. ad Pand. tit. de injusto rupto irr. facto test. §. 5. BYNKERSHOEK quaestion. jur. priv. Lib. III. c. 6. (opp. T. II. p. 355 b.). — Auch in die Lehrbücher, welche sich überhaupt auf die Sache einlassen, hat sie Eingang gefunden. S. v. Wening-Ingenheim Lehrb. des gem. Civilrechts Buch V. §. 506.

97) Sonderbar sind die Gründe, welche der sonst so hellsehende Bynkershoek a. a. O. vorbringt. Daß einer in dem nämlichen Testamente, ungeachtet der vorausgehenden Clausel, dennoch mehrere Vermächtnisse anordnen lasse sich, wie er meint, von einem Menschen, der seine

auch vielfältig zu einem der Absicht des Testirers gerade-
deswegß widerstreitenden Resultate führen, und überdies
wird sie durch den buchstäblichen Inhalt der Stelle selbst
direct widerlegt. Denn a) Codicillarverfügungen, sie mö-
gen im Testamente oder in besonderen Codizillen, in ei-
nem oder in verschiedenen Codizillen erfolgen, bilden alle-
mal nur einen Theil derselben letztwilligen Verfügung⁹⁸⁾,
es kann mithin an sich darauf nichts ankommen, ob die
zur Frage stehenden Dispositionen in einer Testaments-
urkunde oder in verschiedenen enthalten sind. Zwar heißt
es: von mehreren widerstreitenden Codizillen gehe das
letzte vor⁹⁹⁾; allein nicht nur wird dies ausdrücklich da-
von abhängig gemacht: „si a prioris tenore discrepat,
et contrariam voluntatem continet“, sondern es be-
ruht ja auf der allgemeinen Regel, daß in demselben Te-
stamente allemal im Zweifel die novissima oder poste-
rior scriptura vorgehe¹⁰⁰⁾. b) Es ist gewiß viel eher

gesunden Sinne habe, kaum denken und darum verlange
Hermogenian hier eine bestimmte Erklärung, „ex qua
constet de seria ejus voluntate; sed hoc transferre
non licet ad duo testamenta diverso tempore con-
dita, ubi oblivio et alia quam plurima incidere pos-
sunt, quae specialem revocationem saepe molestam
et impossibilem redderent.“ Aber hieraus folgt ge-
rade umgekehrt, wenn anders der unzweifelhafte Wille
des Testators entscheiden soll, daß vielmehr die zweite
Disposition eine ausdrückliche Aufrufung der früheren
enthalten mußte.

98) L. 3 in f. L. 6. §. 1. L. 16 D. *de jure codicillorum*
(XXIX. 7).

99) L. 3 C. *de codicillis* (VI. 36).

100) L. 12. §. 3 D. *de legat. I.* L. 6. §. 1. L. 28 D. *de*
adim. vel transfer. leg. (XXXIV. 4). — Bei Ber-

anzunehmen, daß der Testirer zu seiner zweiten Verfügung durch Irrthum und Vergessenheit verleitet worden sey, wenn sie in einer verschiedenen, als wenn sie in der nämlichen Willenserklärung erfolgt, und so erscheint denn, wenn stillschweigende Aufhebung der früheren Disposition hier überhaupt anzunehmen ist, ein Schluß auf den veränderten Willen des Testirers dort weniger gerechtfertigt, wie hier. Ja es läßt sich auch sehr wohl denken, daß der Erblasser in der späteren Willenserklärung mit Vorbedacht ein bereits angeordnetes Vermächtniß wiederholt habe, in der Absicht es zu bestätigen, nicht um eigentlich etwas Neues zu verfügen, was doch wohl so leicht nicht angenommen werden kann, wenn es in der nämlichen Disposition geschieht. c) Über Hermogenian sagt ja auch ausdrücklich: „Si — — postea eodem testamento *vel codicillis* saepe eidem legaverit,“ was sich doch schwerlich anders verstehen läßt als: „wenn der Testirer später, sey es in demselben Testamente oder in Codicillen, — also in Nachträgen zu diesem Testament — Vermächtnisse anordnet!“

Eine Stelle, welche zwar nicht eigentlich hieher gehört, da in ihr von der derogatorischen Clausel überall nicht die Rede ist, bestimmt doch sehr deutlich das Prinzip, worauf bei Vermächtnissen Alles beruht: es ist der Wille des Testirers hier allein entscheidend, in welcher

mächtnissen gilt dies sogar auch für verschiedene Bedingungen, welche an verschiedenen Stellen einem Vermächtnisse beigelegt sind (L. 87 D. *de cond. et dem.* XXXV. 1 — „traditum est, in legatis novissimam — — conditionem spectandam esse.“ L. 90 *eod.*), obgleich sonst nur die letztere Bedingung berücksichtigt werden soll (L. 27. §. 2 D. *de her. inst.*).

Ordnung er auch ausgesprochen seyn mag, und die einmal ausgesprochene Erklärung gilt auch so lange, bis sie wieder zurückgenommen ist. „*Pomponius Lib. III. ad Sabinum* 1). In legatis novissimae scripturae valent, quia mutari causa praecedentis legati vel die, vel conditione, vel in totum ademptione potest. — Interdum tamen in legatis non posterior, sed praecedens scriptura valet; nam si ita scripsero: *quod Titio infra legavero, id neque do, neque lego*, quod infra legatum erit, non valebit; nam et eum sermonem, quo praesentia legata data in diem proferuntur, ad postea quoque scripta legata pertinent 2). *Voluntas ergo facit,*

1) L. 12. §. 3 D. de legat. I.

2) Es ist hier die s. g. clausula Prorogationis gemeint, wodurch die Erfüllung der Vermächtnisse hinausgeschoben — also ein dies a quo beigefügt wird. S. POTHIER Pand. Justin. Tit. de legat. et fideic. L. XXX—XXXII. Sect. II. Art. II. Tom. II. p. 318. Ein zu dem obigen Satze passendes Beispiel ist das in der L. 30. pr. de Leg. I. vorgetragene: „*quas pecunias legavi, quibus dies appositus non est, eas heres meus annua, bima, trima die dato.*“ Die von Ulpian über die Bedeutung dieser Bestimmung hinzugefügte Erläuterung (§. 1—7) kann als eine Bestätigung unserer obigen Ausführung über die Wirkung der Derogatorclausel angesehen werden. Die Clausel (sagt Ulpian) erstreckt ihre Wirkung nicht bloß auf die vorhergehenden, sondern auch auf die nachfolgenden Vermächtniß-Anordnungen, nur müssen diese pure, d. i. hier: ohne irgend eine Bestimmung angeordnet seyn, woraus die Absicht des Testirers hervorgeht, daß für dieß Vermächtniß die Prorogationsclausel nicht gelten solle. Als Beispiele werden hierzu folgende angeführt: wenn ausdrücklich bestimmt wird, das Vermächtniß solle

quod in testamento scriptum valeat.“ Dies muß denn natürlich auch von dem Falle gelten, wenn die spätere Disposition in einem später errichteten Codicill enthalten ist (Note 98). Nur insofern ist auf das später Niedergeschriebene das meiste Gewicht zu legen, als dadurch ganz offenbar die frühere Disposition hat aufgehoben werden sollen, was übrigens nicht gerade buchstäblich erklärt zu werden braucht, wenn sonst nur die Absicht des Testirers klar ist. So würde es in dem von Hermogenian vorgetragenen Falle hinreichen, wenn der Testator bei der folgenden Anordnung sagte: „ich will, daß der Titius beide von mir ihm ausgesetzte Vermächtnisse vollständig erhalten soll;“ denn hierin liegt eine spezielle Erklärung, daß die im Eingange des Testaments ausgedrückte Derogator-Clausel aufgehoben seyn solle. Es läßt sich aber auch denken, daß die Derogator-Clausel und daneben die letzte Anordnung ihre Wirkung aufsert. Heißt es nämlich im Testament: nur ein Vermächtniß solle gelten, so bekommt der Legatar jedenfalls nur eins, wie viele Vermächtnisse ihm auch ausgesetzt

sobald fällig seyn („si forte centum mihi legata sunt praesentia“), wenn dem Legatar terminliche Leistungen geschehen sollen, z. B. jährlich, monatlich, so lange er lebt („quia hoc legatum et initium et finem habet,“ d. h. weil dies Vermächtniß seinen eigenthümlichen Anfangs- und Endpunct hat), — wenn eine besondere Bedingung, ein besonderer Zahlungstermin einzelnen Vermächtnissen beigefügt wird. — Genug, die bezeichneten Worte der L. 12. §. 3 D. *de leg. I.* gehen auf diese f. g. Prorogationsclausel: So gut diese ihre Wirkung auf die späteren Anordnungen erstreckt (will Pomponius sagen), eben so ist dies auch bei der Derogator-clausel der Fall.

seyn mögen, allein im Zweifel ist es das zuletzt angetestete, worauf hier sein Recht geht³⁾).

Dies Alles mußte vorausgeschickt werden, um zu zeigen, daß die in unseren Rechtsquellen enthaltenen Aeußerungen über die Wirkung der Derogatorclausel in Beziehung auf Vermächtnisse keineswegs unbedingt auf Erbeinsetzungen angewandt werden dürfen, wie gleichwohl meistens geschieht, selbst von solchen Auslegern, welche über die hier zur Erörterung stehende Frage eine richtige Ansicht haben, sich aber natürlich bei deren Rechtfertigung in Widersprüche und unnütze Subtilitäten verwickeln müssen. — Mehrere Codicillardispositionen können neben einander bestehen, und darum hebt die letzte nicht schon durch ihr bloßes Daseyn die erste auf, sondern es kommt Alles auf die erweisliche Absicht des Testirers an, um das Verhältniß der verschiedenen Verfügungen zu bestimmen, — ob sie nämlich alle gelten, oder nur die erste, oder nur die letzte. Viel einfacher erscheint die Sache bei mehreren Testamenten im engeren Sinne. Hier werden durch das letzte die vorausgegangenen ipso jure zerstört, die Erklärung des Testirers, daß dies wirklich der Fall seyn solle, erscheint mithin als etwas sehr Ueberflüssiges^{3 a)}).

Aber es muß doch diese Aufhebung der früheren Testamente vom Testirer auch gewollt seyn? Allerdings, soferne das letzte Testament auf seinem eigenen und freien Willen beruhen muß, indem es ja sonst im Rechtsinne gar nicht existirt⁴⁾. Ist dies der Fall, so liegt in einer

3) Arg. L. 6. §. 1 D. de adimend. legat.

3a) Bgl. Ant. MERENDA contrav. jur. civil. L. IV. c. 49. Nr. 22.

4) Arg. L. 32 pr. D. de herod. instit. (XXVIII. 5). L. 1 C. si quis aliquem testari prohibuerit (VI. 24) ff. L. 3

zweiten Verfügung über Universalsuccession von selbst die Erklärung, daß die frühere aufgehoben seyn solle, ja es wird als zerstört auch selbst noch in dem Falle betrachtet, wenn der Testirer zu erkennen gegeben hat, er wolle es nicht aufgehoben haben, indem alsdann sein Inhalt nur als fideicommissarische Disposition gilt und als solche von dem im zweiten Testamente eingesetzten Erben zu erfüllen ist⁵⁾. Indessen meinen die Gegner, daß anzunehmen sey, die Derogatorclausel habe den Zweck, das Testament wider Hinterlist, Zwang und ungestüme Zudringlichkeit der darin nicht eingesetzten Personen zu sichern, weshalb denn sogar präsumirt werden soll, daß zweite Testament sey durch dergleichen unerlaubte Mittel bewirkt, es sey „*factum a testatore, ut se liberaret ab importunis sollicitationibus, suasionibus, blanditiis, vel minis eorum, quibus resistere non potuit*“⁶⁾. In der That aber ist diese Voraussetzung so weit hergeholt und gesucht, wie die daraus gezogene Schlussfolgerung. Es ist eben so leicht, ja noch viel eher anzunehmen, daß die Derogatorclausel durch Einflüsterungen und Ueberredungskünste der in dem früheren Testamente eingesetzten Erben veranlaßt worden sey, welche die von ihnen erschlichene Erbschaft sich dadurch zu sichern suchen, wie es denn an erwiesenen Fällen dieser Art keineswegs fehlt⁷⁾. Wäre aber jene Voraussetzung auch als wirklich vorhanden

D. eod. (XXIX. 6). — Vgl. hierüber Bd. 34 d. Comment. S. 1405 bes. daselbst Nr. 2. S. 426 fgg. u. S. 1406.

5) L. 12. §. 1 D. h. t. — Vgl. §. 3 J. quib. mod. test. infirm.

6) Jo. a SANDE decisiones Frisicæ Lib. IV. Tit. I. defin. 10. p. 291.

7) R. s. die Beispiele bei BERNERSHOEN L. I. cap. 6 u. 7.

nachzuweisen, so würde dennoch das folgende Testament nicht schon ohne Weiteres für ein durch Hinterlist oder Zwang bewirktes gehalten werden dürfen, vielmehr die hierauf zu gründende, höchst entfernte und schwache Vermuthung der bestimmteren für die Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts und Abwesenheit von Dolus streitenden weichen müssen⁸⁾. Freilich, wenn aus Gründen, die zum juristischen Beweise hinreichen, das Gegentheil anzunehmen ist, so muß für die in dem früheren Testamente Eingesetzten gesprochen werden⁹⁾; allein der Gebrauch der Derogatorclausel in dem ersten Testament ist dabei ganz

8) L. 18. §. 1 D. *de probat.* (XXII. 3). L. 12 D. *de reb. dub.* (XXXIV. 5).

9) Auch hieher gehörige Beispiele finden sich bei Bynkershoek a. a. D., und der von Joh. v. Sande a. a. D. referirte Fall möchte wohl ebenfalls dahin zu rechnen seyn. Die Testirerin hatte erweislich die Derogatorclausel ihrem Testamente hinzugefügt, um keinen weiteren Zudringlichkeit von Seiten ihres Mannes ausgesetzt zu seyn, welcher sie unaufhörlich bestürmte, zu seinem Besten zu verfügen. Auch späterhin beklagte sie sich über die ewigen Sollicitationen ihres Mannes, und ließ sich in der That dadurch zu einem neuen Testamente bestimmen, das aber der Gerichtshof nicht für gültig erklärte. Da eigentliche Zwangshandlungen hier nicht vorlagen, so hätte sich der Mann wohl auf L. 3 C. *si quis aliquem testari prohib. vel coegerit* („Iudicium uxoris postremum in se provocasse maritali sermone non est criminisum“), so wie auf die ähnlich lautende Entscheidung Papinian's in L. 3 D. *eod.* berufen dürfen. Gewiß aber ist die Praxis aus guten Gründen zu begünstigen, welche hier eine ungestüme Zudringlichkeit dem Zwang gleich achtet. S. Bd. 33 d. Comment. S. 1406. S. 433 fgg.

gleichgiltig, indem dieses von selbst aufrecht erhalten wird, wenn das zweite nicht gelten kann. Gesezt aber auch, die Voraussetzungen, worauf die Gegner ihre Ansicht gründen, wären vollkommen richtig, so läßt sich doch in der That nicht begreifen, wie man hier das geringste Gewicht auf die in dem zweiten Testament ausgesprochene Aufhebung der Derogatorclausel legen mag. So gut der Testirer überhaupt wider seinen Willen zur Aenderung seiner früheren Disposition veranlaßt werden kann, eben so gut wird er sich auch zur ausdrücklichen Aufhebung jener Clausel bestimmen lassen, und muß das letzte Testament für ungiltig gehalten werden, weil es nicht als der eigne, freie Wille des Erblassers zu betrachten ist, so erstreckt sich diese Ungiltigkeit natürlich auch auf die darin enthaltene Nichtigkeitserklärung der ersten Disposition! Darum sucht man denn auch ganz vergeblich die hier angefochtene Meinung auf dem Wege zu begründen, daß man sagt: der letzte Wille des Erblassers ist allerdings der entscheidende, es kommt aber darauf an, welche Erklärung dafür zu halten ist, ob die zuletzt ausgesprochene, oder diejenige, wodurch man im Voraus jede künftige Disposition vernichtet; denn die Ordnung, in welcher Jemand seinen Willen erklärt, ist an sich gleichgiltig, der Wille des Testirers entscheidet hier Alles, und diesen hat er ja deutlich genug durch die Derogatorclausel ausgesprochen. Man sieht bald, daß diese Argumentation auf einer wahren *petitio principii* beruht. Auf gleiche Weise könnte man sagen, daß kein Testament durch ein späteres aufgehoben werde, da das zuerst errichtete seiner Bestimmung nach ja allemal als letzter Wille des Erblassers anzusehen ist, „nam ars deluditur arte“ bemerkt bei dieser Gelegenheit sehr passend Bynkers-

hoet¹⁰⁾. Und daß die frühere Erklärung der späteren vorgehen könne, ist ja nur in Beziehung auf Vermächtnisse, wobei alle einzelnen Bestimmungen als Bestandtheile der nämlichen letztwilligen Disposition erscheinen, und auch hier keineswegs als Regel ausgesprochen (*Interdum* — sagt Pomponius in der L. 12. §. 3 D. *de legat. I.* — in *legatis non posterior, sed praecedens scriptura valet*“), indem vielmehr das Prinzip: *novissimae scripturae valent* als Regel auch für Vermächtnisse anerkannt ist. Genug es fehlt dieser Argumentation, von welcher Seite man sie betrachten möge, ebenfalls an allen haltbaren Gründen. Verdiente sie aber auch den vollsten Beifall, so würde ja immer wieder die Frage aufgeworfen werden dürfen: wozu denn hier die Aufhebung der Derogatorclausel dienen solle? Denn, außer diese ihre Wirkung überhaupt auf das nachfolgende Testament, so müssen alle Theile desselben auf gleiche Weise davon ergriffen werden, die Wiederaufhebung der Derogatorclausel eben so gut, wie alle übrigen Dispositionen. Freilich könnte man dagegen allenfalls noch einwenden: der Testator habe vielleicht aus Vergessenheit das spätere Testament errichtet, die ausdrückliche Aufhebung der Derogatorclausel enthalte mithin ein Zeugniß, daß er mit Ueberlegung und Absicht seinen Willen geändert habe. Allein beim Licht besehen erscheint auch dies Argument durchaus unbedeutend. Wenn ein Testator aus freien Stücken und auf unzweideutige Weise erklärt, wer ihn beerben solle, so muß diese Erklärung als Merkmal seines gegenwärtigen ernstlichen Willens und Entschlusses angesehen werden und als die letzte allen früheren Dispositionen vorgehen. Erinnert er sich auch der Deroga-

10) BINKERSHOEK l. l. cap. 6 init.

torclausel nicht, so hat er sich doch darüber, was er jetzt wolle, erklärt, und hierauf allein kommt es an¹¹⁾). Ueberdies darf man nicht vergessen, wie vielfältig dergleichen Clauseln von den Concipienten der Rechtsgeschäfte angewandt werden, ohne daß der Testirer ihre Bedeutung kennt, so daß man auch aus diesem Grunde weder auf ihren Gebrauch noch auf ihre Aufhebung ein großes Gewicht legen darf.

Ist nun hiernach also die Clausel, wie ihre Aufhebung, bei eigentlichen Testamenten für etwas durchaus Ueberflüssiges anzusehen, so kann natürlich auch darauf nichts ankommen, ob die Aufhebung früherer Verfügungen ganz allgemein, oder mit spezieller Beziehung auf das frühere Testament und die darin enthaltene Derogatorclausel geschehen sey¹²⁾). Jedoch lassen Manche dies nur als Regel gelten, ausnahmsweise gestehen sie der Derogatorclausel Wirksamkeit zu :

11) Vgl. hier besonders *de WERNHER observat. forens. T. I. P. I. obs. 205. Nr. 21 — 59.*

12) Auch dies ist wieder unter denen streitig, welche das zweite Testament nur anerkennen, wenn in demselben die Derogatorclausel widerrufen ist, indem Manche einen speziellen Widerruf erfordern. *W. s. A. FABER error. Pragmaticor. Decad. XXXVIII. Err. 1;* ferner die bei *Henr. de COCCESI diss. cit. Cap. 2. Nr. 152 fgg. angef. Schriftsteller*, auch *WERNHER l. l. Nr. 135 fgg.* Diese Schriftsteller vertheidigen die richtige Ansicht: es sey weder eine General- noch eine Special-Aufhebung nöthig. Stryk ist zwar entgegengesetzter Meinung, läßt übrigens, außer einer ausdrücklichen Aufhebung der Derogatorclausel, auch noch Vermuthungsgründe dafür zu, daß das spätere Testament die ernstliche und auf richtige Willensmeinung des Testirers ausdrücke, *cautel. testam. Cap. XXIV. §. 56.*

1) wenn sie eidlich bestätigt oder die f. g. *clausula juratoria* s. *adjuratoria* hinzugefügt ist. Hat dies seine Richtigkeit, so kann der Grund davon natürlich nur in der Unverbrüchlichkeit des Eides liegen, es würde hieraus also folgen, daß ein solches Testament überall nicht aufgehoben werden dürfe. Dennoch macht man auch hier noch einen Unterschied, ob der Testirer zur Willensänderung einen rechtmäßigen Grund gehabt habe, oder nicht, und erachtet im ersten Falle die Aufhebung des beschwornen Testaments für gültig¹³⁾. Da hierbei vorausgesetzt wird, daß der Testirer mit voller Willensfreiheit verfuhr, als er sich der Eidesclausel bediente, dieser an sich auch die Bedeutung eines rechten Eides zukomme, so ist diese Distinction durchaus inconsequent. Schon bei einem gewöhnlichen Versprechen ist es unzulässig, sie hinterher noch durch Bedingungen und andere Modalitäten einseitig zu beschränken, am wenigsten kann das daher bei eidlichen Versicherungen gestattet seyn¹⁴⁾. Vergeblich

13) *Ant. MERENDA controversiar. jur. civil. L. IV. Cap. 50. Henr. de COCCEJI disp. de clausulis testam. Cap. 2 in f. (Nr. 264 sqq.) Sam. STARK cautel. testamentor. Cap. XXIV. §. 24.*

14) Zwar hat man aus der Vorschrift des canonischen Rechts: auch zur Erfüllung eines beschwornen Eheversprechens dürfe man nicht angehalten werden, wenn die Verlobte einen unzüchtigen Umgang mit andern Männern unterhält, oder von einer edelhaften Krankheit befallen, oder verstümmelt wird (cap. 25 X. *de jurejur.* II. 24) die Regel abstrahirt: selbst bei einem beschwornen Versprechen verstehe sich die Clausel *rebus sic stantibus* von selbst (J. H. BÖHMER in edit. corp. jur. can. ad h. l. Not. 94). Indessen ist man jetzt wohl darüber einverstanden, was es mit dieser Clausel und ihrer Stillschwei-

sucht sich diese Inconsequenz hinter folgender Argumentation zu verbergen: An die Derogatorclausel ist der Testirer freilich nicht gebunden, und darum muß es ihm auch frei stehen, den beschwornen letzten Willen wiederum aufzuheben. Jedoch giebt er durch die eidliche Versicherung einen besonders ernstlichen und festen Entschluß zu erkennen; er erklärt dadurch auf das bündigste, daß er wenigstens nicht ohne sehr erhebliche Gründe das Testament aufheben oder abändern wolle¹⁵⁾. — Kame es nur auf den ernstlichen und festen Willen an, so muß dieser ja bei jedem Testamente vorausgesetzt werden, und am wenigsten darf man wohl zweifeln, daß der Testirer eine Aenderung nicht beabsichtige, wenn er dem Testamente die Derogatorclausel einverleibt. Ist es dagegen die Heiligkeit des Eides, welche hier einwirken soll, so muß derselbe auch unter allen Umständen unverbrüchlich gehalten werden, und die Clausel, welche man subintelligirt wissen will: *si modo aliquid novi non superveniat, quod idoneam revocandi causam praestet* (s. Note 15), würde man, wenn sich der Testirer dies auch wirklich gedacht hätte, doch nur als unerlaubte Mentalreservation betrachten können¹⁶⁾.

Alein richtiger ist es wohl, in unserem Falle der Eidesclausel überhaupt keine Wirkung zuzugestehen. —

genden Voraussetzung eigentlich auf sich habe, und daß man wegen veränderter Umstände einseitig von einem Vertrage nur abgehen könne, soferne die Natur des Vertrags, besondere Verabredung oder gesetzliche Bestimmung dies mit sich bringt. A. D. Weber von der natürlichen Verbindlichkeit S. 90. Nr. III.

¹⁵⁾ A. MERENDA l. l. §. 6.

¹⁶⁾ Vgl. hierüber Ob. 12 b. Comment. S. 792. C. 204.

Man streitet bekenntlich darüber, ob der Eid kein sonst ungiltiges, oder unwirksames Rechtsgeschäft in ein giltiges und wirksames verwandeln könne? Alles was sich dafür sagen läßt beschränkt sich, darauf, daß der Pabst einzelne Fälle bejahend, entscheide und diese Entscheidungen darauf stütze: die Erfüllung des Eidschwurs gefährde weder das Seelenheil, noch gereiche sie dritten Personen zum Nachtheil.¹⁷⁾ Diejenigen nun, welche die Frage allgemein bejahen, halten diesem Grund für einen wahren Rechtsatz. Hört der Pabst nur auf besondere Fälle angewandt habe, und welchen sie etwa so ausdrücken: Jeder Eid muß erfüllt werden, der ohne Gefahr für das Seelenheil und ohne Verletzung der Rechte Dritter erfüllt werden kann.¹⁸⁾ Dagegen dürfte sich aber doch wohl Folgendes erinnern lassen: Ein Rechtsatz wie dieser, durch dessen Anwendung die wohlthätigsten Bestimmungen des *jus publicum* ganz und gar vereitelt werden, ist eine höchst gemeingefährliche Anomalie, zu deren Annahme man nur durch eine unabweidene gesetzliche Vorschrift, keineswegs aber durch bloße Abstraction aus besonderen Entscheidungen berechtigt wird, oder, was einerlei ist, dadurch, daß man einen unterstützenden Nebengrund, eine Hinweisung auf das moralische Gefühl zum wahren Rechtsatz erhebt¹⁹⁾. Dergleichen Sentenzen eig-

17) C. 8 u. 28 X. *de jurejur.* (II. 24). C. 2 *cod.* in VI. (II. 11). C. 2 *de pact.* in VI. (I. 18).

18) Unter den Neueren hat die Richtigkeit dieser Regel vorzüglich vertheidigt Ehtbaut Theorie der logischen Auslegung S. 16. S. 61 fg. d. 2. A.

19) So wird die Nothwendigkeit einer durchgängigen *bona fides* bei der Verjährung vom Pabste auf den Grund gestützt: „*quoniam omne quod non est ex fide, pec-*

nen sich überdies gar nicht zu wahren Rechtsfällen, weil sie zu allgemein sind und eben um deswillen aus ihnen so Vieles gefolgert werden kann, was mit anderen Rechtswahrheiten sich nicht verträgt (s. Note 19); behandelt man sie als solche, so sieht man sich doch hinterher wieder zu Einschränkungen genöthigt, wodurch die sogenannte Regel nothwendig sehr unbestimmt, wenn nicht ganz unbrauchbar werden muß. Auch zur Anwendung jener vermeintlichen Rechtsregel erfordert man, daß der Eid freiwillig geleistet worden sey. Gewiß wäre man auf diese Einschränkung nicht gekommen, fände sich nicht im canonischen Rechte deutlich bestimmt, daß erzwungene Eidesleistungen unkräftig seien.²⁰⁾ Denn auch einen erzwungenen Eid kann man unbeschadet des Seelenheils und der Rechte Dritter erfüllen, und selbst die strenge Moral würde dies fordern,

catum est“ (cap. ult. X. de praescr. II. 26); soll denn dies auch etwa eine Rechtsregel seyn? Selbst im römischen Rechte fehlt es ja an solchen Unterstützungsgründen nicht, die gewiß passend angewandt sind, allein als Rechtsregeln verstanden zu Widersprüchen und Absurditäten führen würden. Wie will man alsdann z. B. das „neque malitiae indulgendum est“ in L. 38 D. de rei vind. (VI. 1) mit der Rechtsregel vereinigen: qui jure suo utitur, nemini facit injuriam? Und auf welche seltsame Resultate man kommt, wenn man aus der Aeußerung von Paulus in der L. 2. §. 5 D. de aquar. plur. arc. act. XXXIX. 3 („— quod factum mihi quidem prudesse potest, ipsi vero nihil nociturnum est“ —) die Rechtsregel abstrahirt: quod tibi non nocet, mihi vero prodest, ad id poteris compelli, ist längst von Anderen gezeigt. E. A. D. Weber von der natürl. Verbindl. §. 101. Nr. 5.

20) C. 6. 15, 29, X de jurajur. (II. 24). C. 6. X de his quae p. resuave causa sunt. (I. 40).

da auch die ungerechteste Nothigung nicht willenlos macht, folglich auch einen Eidesbruch nicht rechtfertigen kann, „quia, quamvis si liberum esset noluisse, tamen coactus volui“²¹⁾, würden hier die Stoiker sagen. Jedenfalls sieht man aber, daß der Pabst keineswegs gemeint war, seinen Satz in unbedingter Allgemeinheit geltend zu machen, sondern daß er sich seiner nur als Unterstützungsgrund bei der Entscheidung solcher Fälle bediente, wo die Abweichung von dem gemeinrechtlichen Grundsätzen ihm weniger gefährlich erschien²²⁾. Aus dessen stehen auch noch andere Gründe der Meinung entgegen, daß die Eidesclausel die Widerkraft eines Testaments aufhebe oder beschränke. Einmal sind die juristischen Wirkungen einer eidlichen Versicherung da

21) L. 21. §. 5. D. *quod metus causa* (IV. 2). — C. J.

G. HEINECCIJ opus. in quib. hist. edictor. aliquo continentur p. 327. Note b. — Auch der Pabst betont auf diese moralisch verbindende Kraft selbst des erzwungenen Eides hin, namentlich in c. 8 x. *de jurejur.*

22) Dies ergibt sich noch bestimmter daraus, daß der Pabst auch in Fällen, wo von Zwang gar nicht die Rede war, eidlich gegebene Versprechungen, die sehr häufig unbeschadet des Seelenheils erfüllt werden konnten, einseitig aufzulösen gestattet; cap. 25 x. *de jurejur.* (s. oben Note 14). — In neueren Zeiten hat man daher die früher sehr verbreitete Ansicht, daß ein aus Gründen des *jus publicum* wirkungsloses Rechtsgeschäft durch eidliche Bestärkung wirksam werden könne, ziemlich allgemein aufgegeben.

C. Weber von der natürl. Verbindl. S. 121 u. die das angeführten Schriftsteller. Vgl. auch Jul. Frid. MALBLANC doct. *de jurejur.* (ed. 2. Feb. 1820) S. 118, welcher sich auch gegen diese Meinung erklärt; hauptsächlich aber aus dem Grunde, daß das canonische Recht dem römischen in diesem Punkte nicht derogire.

durch bedingt, daß ein rechtlicher Zwang zur Erfüllung derselben (oder statt dessen die Verhängung irgend eines Nachtheils wegen Nichterfüllung) möglich ist. Dies aber setzt nothwendig voraus, daß man sich durch die Eidesleistung irgend Jemandem verpflichte, sey es einer Privatperson, oder der Obrigkeit. Wer nun sein Testament durch die Eidesclausel bestärkt, verpflichtet sich dadurch Niemandem, eben so wenig wie derjenige, welcher sonst ohne Vertrag oder eine besondere Verpflichtung irgend etwas beschwört. Mag der Mißbrauch des göttlichen Namens durch unnützes Fluchen und Schwören polizeiliche Ahndung nach sich ziehen, — immer fehlt es hier an einem Subject, welches die Erfüllung der eidlichen Versicherung rechtlich erzwingen könnte. — Zweitens würde, wenn man auch die Richtigkeit der angeblichen Regel des canonischen Rechts zugeben müßte, hier doch allemal der Grundsatz zur Anwendung kommen: *lex specialis derogat generaliori*²³⁾. In einem von Marcian referirten Rescript der Kaiser Septimius Severus und Antonin Caracalla heißt es nun: *jusjurandum contra vim legum et auctoritatem juris in testamento scriptum nullius esse momenti*²⁴⁾. Daß

23) Arg. c. 1. *de constit.* in VI. (l. 2). L. 41 D. *de poenis* (XCVIII. 19). — Thibaut über das Verhältniß besonderer Sätze des älteren Rechts zu neuen Regeln (in dessen civilist. Abhandl. Heidelb. 1814. Nr. VII).

24) L. 112 §. fin. *de leg. I.* — Gemeinhin versteht man die Stelle von einer dem Honorirten gemachten Eidesauflage. S. Gl. Acc. *juris ad h. l.* Cujacius ad h. l. (opp. ed. Neap. T. VII. p. 2078). Pothier Pand. Justin. Tom. II. p. 298. Nr. 145. 1. In der That ist es auch mehr als wahrscheinlich, daß dies zunächst nur gemeint war. Indessen sagen die Kaiser ganz allgemein:

unter dem *jusjur. contra vim legum et auctoritatem* auch solche Versicherungen verstanden werden, welche *contra bonos mores* sind, ergiebt die unmittelbar vorausgehende Stelle²⁵⁾: „*Si quis scripserit testamento fieri, apud contra jus est, vel bonos mores, non valet, veluti si quis scripserit contra legem aliquid, vel contra edictum Praetoris, vel etiam turpe aliquid.*“ Darauf wird denn hinzugefügt: auch dann gelte es nicht, wenn es durch Eid bestätigt sey. Nun wird Niemand bezweifeln, daß die Beschränkung der Freiheit zu testiren von den Römern als etwas der guten Sitte Zuwiderlaufendes betrachtet worden sey, wie denn hieraus hauptsächlich auch das Verbot der Erbverträge abzuleiten ist²⁶⁾. Zwar sind diese gegenwärtig erlaubt,

ein dem Recht und der Sitte zuwider laufender Eid sey im Testamente als gar nicht vorhanden anzusehen. Dies so allgemein zu verstehen, wie es ausgesprochen ist, wird um so weniger Bedenken finden können, da es ohnehin ausser Zweifel ist, daß die Kaiser jede Beschränkung der Freiheit zu testiren als unverträglich mit der guten Sitte betrachteten (s. die Note 26). — S. auch A. FABER *error. Pragmat. Dec. XXXIX. Err. 2 u. vgl. G. E. Westphal hermeneut. systemat. Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen, 2b. I. §. 297.*

25) L. 112. §. 3. D. *de leg. I.*

26) Vgl. Haffe über Erbvertrag u. s. w. Cap. I. §. 2. Nr. 2. (im Rhein. Mus. 2b. II. S. 156 fgg.) — Hauptgrundsatz ist hier: *Nemo tibi potest legem dicere, ut a priore voluntate recedere ei non liceat* (L. 22 pr. D. *de leg. I.*). So wie jede Einschränkung der natürlichen oder bürgerlichen Freiheit durch Testament und Vertrag, so ist auch diese *contra bonos mores*, kann also auch, wie überhaupt alles Rechtswidrige, nicht durch eidliche

durch bedingt, daß ein rechtlicher Zwang zur Erfüllung derselben (oder statt dessen die Verhängung irgend eines Nachtheils wegen Nichterfüllung) möglich ist. Dies aber setzt nothwendig voraus, daß man sich durch die Eidesleistung irgend Jemandem verpflichte, sey es einer Privatperson, oder der Obrigkeit. Wer nun sein Testament durch die Eidesclausel bestärkt, verpflichtet sich dadurch Niemandem, eben so wenig wie derjenige, welcher sonst ohne Vertrag oder eine besondere Verpflichtung irgend etwas beschwört. Mag der Mißbrauch des göttlichen Namens durch unnützes Fluchen und Schwören polizeiliche Ahndung nach sich ziehen, — immer fehlt es hier an einem Subject, welches die Erfüllung der eidlichen Versicherung rechtlich erzwingen könnte. — Zweitens würde, wenn man auch die Richtigkeit der angeblichen Regel des canonischen Rechts zugehen müßte, hier doch allemal der Grundsatz zur Anwendung kommen: *lex specialis derogat generaliori*²³⁾. In einem von Marcian referirten Rescript der Kaiser Septimius Severus und Antonin Caracalla heißt es nun: *jussurandum contra vim legum et auctoritatem juris in testamento scriptum nullius esse momenti*²⁴⁾. Daß

23) Arg. c. 1. *de constit.* in VI. (l. 2). L. 41 D. *de poenis* (XCVIII. 19). — Thibaut über das Verhältniß besonderer Sätze des älteren Rechts zu neuen Regeln (in dessen civilist. Abhandl. Heidelb. 1814. Nr. VII).

24) L. 112. §. fin. *de leg. I.* — Gemeinhin versteht man die Stelle von einer dem Honorirten gemachten Eidesauflage. S. Gl. Acc. *juris ad h. l.* Cujacius ad h. l. (opp. ed. Neap. T. VII. p. 1078). Pothier Pand. Justin. Tom. II. p. 298. Nr. 145. 1. In der That ist es auch mehr als wahrscheinlich, daß dies zunächst nur gemeint war. Indessen sagen die Kaiser ganz allgemein:

unter dem *jusjur. contra vim legum et auctoritatem*: auch solche Versicherungen verstanden werden, welche *contra bonos mores* sind, ergiebt die unmittelbar vorausgehende Stelle²⁵⁾: „Si quis scripserit testamento fieri, quod contra jus est, vel bonos mores, non valet, veluti si quis scripserit contra legem aliquid, vel contra edictum Praetoris, vel etiam turpe aliquid.“ Darauf wird denn hinzugefügt: auch dann gelte es nicht, wenn es durch Eid bestätigt sey. Nun wird Niemand bezweifeln, daß die Beschränkung der Freiheit zu testiren von den Römern als etwas der guten Sitte Zuwiderlaufendes betrachtet worden sey, wie denn hieraus hauptsächlich auch das Verbot der Erbverträge abzuleiten ist²⁶⁾. Zwar sind diese gegenwärtig erlaubt,

obn dem Recht und der Sitte zuwider laufender Eid sey im Testamente als gar nicht vorhanden anzusehen. Dies so allgemein zu verstehen, wie es ausgesprochen ist, wird um so weniger Bedenken finden können, da es ohnehin ausser Zweifel ist, daß die Kaiser jede Beschränkung der Freiheit zu testiren als unverträglich mit der guten Sitte betrachteten (s. die Note 26). — S. auch A. FABER *error. Pragmat. Dec. XXXIX. Err. 2 u. vgl. G. E. Westphal hermeneut. systemat. Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen*, Bd. I. §. 297.

25) L. 112. §. 3. D. *de leg. I.*

26) Vgl. Haffse über Erbvertrag u. s. w. Cap. I. §. 2. Nr. 2. (im Rhein. Mus. Bd. II. S. 155 fgg.) — Hauptgrundsatz ist hier: *Nemo tibi potest legem dicere, ut a priore voluntate recedere ei non liceat* (L. 22 pr. D. *de leg. I.*). So wie jede Einschränkung der natürlichen oder bürgerlichen Freiheit durch Testament and Vertrag, so ist auch diese *contra bonos mores*, kann also auch, wie überhaupt alles Rechtswidrige, nicht durch eidliche

dies beweist aber nichts für das Begfallen anderer specieller Folgerungen aus dem Grundsatz: auch die eidlische Versicherung mache Das nicht gültig, was der natürlichen Freiheit und der Sitte widerstreite. Wir dürfen vielmehr diese zum Ueberflusse auch durch das canonische Recht bestätigte²⁷⁾ Regel ohne alles Bedenken auf einseitige lehtwillige Verfügungen nach wie vor anwenden; diese werden nicht nach den für Erbverträge geltenden Prinzipien, sondern nach den Grundsätzen des römischen Rechts beurtheilt, mit dessen Reception denn auch die Regel: *nemo sibi potest legem dicere, ut a priore voluntate ei recedere non liceat* für uns Gültigkeit erhalten hat.

Indessen haben die Gegner sich noch auf eine Stelle aus dem achten Buche der Responsa von Papinian berufen, welche so lautet: „*Filius matrem heredem scripserat, et fideicommissa tabulis data cum jurisjurandi religione praestari rogaverat, quum testamentum nullo jure factum esset; nihilominus matrem legitimam heredem cogendam praestare fideicommissa, respondi, nam univae voluntatis preces ad omnem successionis speciem porrectae debebantur*“²⁸⁾. Stryt folgert hieraus mit Anderen, daß eidlische Bestärkung allemal die Wirkung der Codicillarelausel habe²⁹⁾. Jedoch streitet man noch darüber:

Bestärkung gültig werden; L. 7. §. 16 D. de pact. L. 5 in f. C. de legib. (I. 14).

27) Reg. 38 de reg. jur. in VI. Instanzen.

28) L. 77. §. 23 D. de leg. II.

29) S. auch B. de caut. testam. Cap. XXIV. §. 21 in f. —

ob in der Stelle von dem Eide des Testirers, oder von dem des Erben die Rede sey³⁰⁾. Welche Ansichten man aber auch über den Sinn dieser Stelle haben möge, so ist doch gewiß, daß sie die Meinung von der derogirenden Kraft der einem Testamente beigefügten Eidesclausel nicht im Geringsten unterstützt. Sie handelt überhaupt nicht von einem Falle, wo auf eine frühere durch Eid bestätigte Disposition eine andere folgte, sondern es war bei der einen Verfügung geblieben; diese konnte wegen Mangels der gehörigen Form nicht als ein feierliches Testament bestehen, indessen war die nächste Intestaterbin

- 30) Eigentlich giebt es hierüber drei verschiedene Meinungen. Nach der einen hat der Testirer geschworen, daß der Erbe das Fideicommiß erfüllen solle, nach der zweiten soll der Erbe die Leistung beschwören (s. *Gl. Acc. y ad h. l.*), nach der dritten beschwört der Erblasser den Erben, daß er die ihm gemachte Auflage erfülle. Die erste Meinung paßt schon nicht zu den Worten („fideicommissa cum jurisjur. religionē praestari rogaverat“); auch die zweite ist ohne eine höchst gezwungene Deutung der Worte nicht möglich. Die dritte dagegen ergibt sich nicht nur ganz einfach aus den Worten, sondern auch der Zusammenhang der Gedanken stimmt viel besser damit überein. Uebrigens waren dergleichen Beschwörungsformeln gar nicht ungewöhnlich. C. 3. B. L. 3 pr. D. *de jure fidei* (XLIX. 14). Hier ist von einem Testamente die Rede; in welchem sich folgende an die Erben gerichtete Bitte fand: „vos rogo, ut ita eo, quod a vobis petil, fidem praestetis, per quo deum et faciatis rogo.“ — Vgl. Guido PANCINOUS in thesaur. variar. Electionum Lib. II. cap. 72. Em. SOAREZ a RIBEIRA observ. jur. Lib. I. c. 8. (14) BERNARDI thes. T. V. p. 570. L. SONTAGH ad l. 1. §. 1 de fideic. hered. verb. per legem testamenti rogatus.

darin eingesetzt und beschworen, gewisse Fideicommissse zu erfüllen. Allerdings hieng die Gültigkeit dieser Fideicommissse genau genommen von der des Testaments ab, da sie einen Theil desselben bildeten, und die Codicillarclausel fehlte³¹⁾; aber einer Form für Codicillardispositionen bedurfte es zur Zeit der Classischen Juristen nicht, und da die dringende Bitte des Testirers sich zur Noth als Codicillarclausel betrachten ließ, welche ja ebenfalls nicht an bestimmte Formen gebunden war³²⁾, so ist Papinian der Meinung, daß die Mutter als Intestaterbin zur Erfüllung der Fideicommissse anzuhalten sey³³⁾. Auf

31) L. 1 D. *de jure codicillor.* (XXIX. 7).

32) Bgl. L. 29. §. 1 D. *qui test. fac.* (XXVIII. 1). L. 13 D. *de inoff. test.* (V. 2). L. 88. §. 17 D. *de leg. II.* — Sie wird auch durch *verba fideicommissi*, oder *fideicommissorum verba* bezeichnet, da sie bewirkte, daß das Testament als Fideicommiss bestand. L. 29 pr. D. *qui test. fac.* L. 11. §. 1 D. *de leg. III.* Man sieht daraus, daß es auf den Ausdruck hierbei nicht ankam. Nur mußte der Testirer sich dahin geäußert haben, daß das Testament jedenfalls als Fideicommiss aufrecht erhalten werden sollte, und dies war eben in unserem Falle zweifelhaft. — Wenn übrigens in den beiden zuletzt angeführten Stellen gesagt wird: das Testament bestehe nicht, ungeachtet die *fideicommissorum verba* darin enthalten seien, so darf man nicht vergessen, daß hier von einem erst vorbereiteten Testamente die Rede ist („*Quoties quis exemplum testamenti praeparat, et prius docet quam testetur, non valent quae scripta sunt, licet verba fideicommissi scriptura habeat*“); soll die Codicillarclausel wirken, so muß doch der Testirer selbst seine Erklärung für eine vollendete halten, oder seiner Absicht nach ein Testament wirklich schon gemacht haben.

33) C. *Curator ad L. 77. §. 23 D. de leg. II.* (ed. Nea-

die Fidejessformel an sich betrachtet legt Papinian hier schwerlich das meiste Gewicht, sie dient ihm nur zum Beweise der entschiedenen Absicht des Testirers, daß die fideicommissarische Auflage unter allen Umständen erfüllt werden solle³⁴). Eine andere Frage ist, wie diese Entscheidung sich zu der neueren Vorschrift über die Form der Codizille verhalte? Als sogenanntes *fideicommissum onerato praesenti in junctum*³⁵) läßt sich die Anordnung des Testirers wohl nicht betrachten, da dem ganzen Zusammenhange nach anzunehmen ist, daß nicht nur die fideicommissarische Auflage selbst, sondern auch die Beschwörung des Erben in dem Testamente erfolgt sey. Am leichtesten ist es freilich, den Stein des Anstoßes durch Anwendung der Regel, daß der Constitutionen-Coder den Digesten vorgehe, ganz hinwegzuräumen, wobei dann aber eine Nachlässigkeit der Compilatoren, eine Vergessenheit der längst bekannten Vorschrift über die regelmäßige Form der Codizille vorausgesetzt werden müßte, was sich doch schwerlich glauben läßt. Man pflegt daher auch diese Entscheidung als Ausnahme von der neueren Regel zu behandeln, mithin anzunehmen, daß

pal. T. VII. p. 1256 — 1258.) (Mit Recht hebt Gucius es besonders hervor, daß die Mutter hier die einzige Intestaterbin war; sonst hätte der Auftrag des Erblassers gar nicht als ein an den Intestaterben gerichteter ausgelegt werden können). — Vgl. auch die Accursische Glosse *successionis* zu dieser Stelle und A. FABER error. Pragmat. Dec. XXXIX. Err. 2. Nr. 9.

34) „Nam *enixa voluntatis procer ad omnem successionis speciem porrectae videbantur*.“

35) S. darüber L. ult. C. de *testo*. (VI. 22) und meine doctr. Pand. Vol. III. §. 685. Note 4.

ein Eidswur des Erblassers (oder des Erben, wie auch wohl gesagt wird) die Stelle der Codizillar-Form vertreten könne³⁶⁾. Nöthig ist dies aber nicht, ja ich halte diese Auslegung geradezu für falsch, indem sich aus dem Gesichtspuncte des neueren Rechts Alles ganz einfach dadurch erklärt; daß man sagt: der Testator hat zwar ein solennes Testament beabsichtigt und die Codizillarclausel nicht mit ausdrücklichen Worten hinzugefügt, weshalb denn allerdings die Gültigkeit der Fideicommissse bezweifelt werden könnte; da er indessen den Wunsch der Erfüllung seiner einzigen Intestaterbin so dringend ans Herz gelegt hat, so läßt sich dies wohl als eine Erklärung der Gültigkeit des Testaments *omni meliori modo* (wie die älteren Practiker gerne sagten), *m. a. B.* als ausdrückliche Hinzufügung der Codizillarclausel ansehen und aufrecht erhalten³⁷⁾. Wie man aber auch den Sinn dieser Stelle und ihre jetzige Bedeutung bestimmen möge, soviel ist außer Zweifel, daß sie unsere Frage überall nicht beantwortet. Dadurch ist denn zugleich dargethan, daß es der Meinung von der derogirenden Kraft der Eidesclausel an allen haltbaren Gründen fehlt³⁸⁾, und es läßt sich auch

36) S. Westphal von Vermächtnissen und Fideicommissen Bd. II. §. 1364.

37) Man darf damit nicht die oben (Note 29) erwähnte Ansicht Stryp's, daß die eidliche Bestätigung des Testaments wie eine Codizillarclausel anzusehen sey, für völlig gleichgeltend halten. Vgl. oben Note 33. S. 199.

38) Mit Recht rügt H. Faber (*a. ex D. Rr. §. 8* fgg.) es, daß Bartolus u. A. hier der *clausula omni meliori modo* (über einer ihr gleichstehenden Erklärung) die Wirkungen der Derogatorclausel zuschreiben. Denn auch ein durch Codizillarclausel befestigtes Testament kann ja nichts desto weniger durch ein solches aufgehoben werden.

wohl annehmen, daß sie gegenwärtig wenigstens die meisten Stimmen wider sich habe³⁹⁾).

2) Sehr verschieden hiervon ist die Frage: welche Wirkung es habe, wenn der Testirer bestimmt, sein gegenwärtiges Testament solle durch ein nachfolgendes nicht anders aufgehoben oder abgeändert werden können, als wenn es unter dieser oder jener Form errichtet, dieses oder jenes Merkmal darin anzutreffen wäre⁴⁰⁾. Gewiß läßt sich Vieles dafür sagen, daß dem folgenden Testamente die aufhebende Kraft abzusprechen sey, wenn dabei die im Voraus bestimmte Form nicht beobachtet ist, oder die angegebenen Merkmale fehlen, oder sich wenigstens jene Bestimmung in demselben nicht ausdrücklich aufgehoben findet. Denn hätte der Testirer z. B. in einem an sich zu Recht beständigen Testamente erklärt: dasselbe solle nicht anders gelten, als wenn es vor seinem Tode der Obrigkeit oder dem Richter überreicht wäre, so dürfte wohl kaum Jemand zweifeln, daß es auch nur unter dieser Bedingung gelten kann. Zwar läßt sich die bekannte Vorschrift: daß ohne Beobachtung einer verabre-

39) Außer den bereits genannten Schriftstellern vertheidigt die hier ausgeführte Ansicht auch Voss in comment. ad Pand. tit. de injusto, rupto irritato testam. §. 10 und ausführlicher WERNER, observat. for. T. I. P. I. obs. 205. Nr. 63 fgg. — Die Lehrbücher äußern sich selten über diesen Punct. Gegen die Wirksamkeit der clausula adjuratoria erklärt sich Hufeland Lehrb. des gen. Civilrechts Bd. II. §. 1297 a. Schlusß, dafür Böhmer Pandektenrecht Bd. II. §. 276. Note 4, (d. 8. 21.)

40) C. Sam. STRYK de capitul. testamentor. Cap. XXIV. §. 35. Nov. de Cocozze obs. cit. Cap. II. Nr. 110 u. Nr. 182 fgg. — Hufeland Lehrb. des gen. Civilrechts Bd. II. §. 1297 a. Schlusß, dafür Böhmer Pandektenrecht Bd. II. §. 276. Note 4, (d. 8. 21.)

deten Form der Vertrag völlig wirkungslos sey⁴¹⁾, hierauf nicht geradezu anwenden, eben weil sie nur von Verträgen spricht. Allein es muß ja Jedem freistehen die Bedingungen zu bestimmen, unter welchen er die von ihm ausgehenden Dispositionen nur für wirksam gehalten wissen will; gegen den Willen des Testators kann ein Testament nicht aufrecht erhalten werden⁴²⁾. Nur der Beweis dürfte dem Testamentserben wohl nachzulassen seyn, daß entweder der Testirer seine Erklärung wieder zurückgenommen habe, oder von ihrer Ausführung wider seinen Willen abgehalten worden sey, indem dieselbe doch immer nicht zum Wesen des Testaments gehörte. — Besteht man nun aber dem Testirer überhaupt diese Befugniß zu, warum sollte er denn nicht auch in Beziehung auf künftig erst mögliche Dispositionen dergleichen Anordnungen wirksam treffen können? Man sollte denken, dies sey vielmehr zu begünstigen, indem hierin ein Fängerzeig liegen kann; er fürchte, daß er durch Sollicitationen zur Aenderung seines gegenwärtigen letzten Willens bestimmt werden möge⁴³⁾; in der That kann diesem durch eine solche Anordnung am besten entgegen gewirkt werden, vorausgesetzt, daß dieselbe den Erbschleichern unbekannt bleibt. — Nichts destoweniger heißt es im siebenten Buche der Institutionen des Marcianus: „Licet in confirmatione codicillorum paterfamilias adjecerit, ut non alias valere velit, quam sua manu signatos et subscriptos, tamen valent facti ab eo codicilli, licet neque ab eo signati, neque manu ejus scripti

41) L. 17 C. de jure instrum. (IV. 21).

42) Cocceius, cit. Cap. II. Nr. 117. 118.

43) C. Magnus de test. valido et invalido Tit. XXII.

Nr. 53. Voet ad Pand. tit. de inj. etc. lib. 1. §. 10.

fuerint; nam ea, quae postea geruntur pridibus derogant“⁴⁴⁾. — Jemand errichtet ein Testament und bestätigt in demselben seine künftigen Codizille, jedoch unter der Bedingung, wenn dieselben von ihm besiegelt und eigenhändig unterschrieben seyn würden; dennoch, sagt Marcian, gelten die später errichteten Codizille auch ohne diese Form, da die letzte Willenserklärung der früheren allemal vorgeht.

Bestphal findet hier nicht das geringste Bedenken. Er giebt den wörtlichen Inhalt der Stelle wieder, indem er nur noch bemerkt, sie zeige zugleich, daß die Codizille ehemals gar keine Feierlichkeit gehabt hätten⁴⁵⁾. Den besseren Auslegern ist sie aber von jeher recht zweifelhaft erschienen, zumal wegen anderer Stellen, welche die Erklärung im Testamente: es sollen spätere Vermächtnisse gar nicht, oder doch nicht alle gelten, für wirksam halten⁴⁶⁾. Von den verschiedenen Interpretationen⁴⁷⁾ mögen hier folgende erwähnt seyn. Nach der einen soll unterschieden werden zwischen der cl. derogatoria solennitatis und voluntatis. Von der letzteren sey in jenen Stellen die Rede, in der L. 6. §. 2 D. de eod. dagegen von der ersteren; da nun die Solennität oder Testamentsform juris publici sey, so müsse durch eine diesem gemäß errichtete neuere Disposition ohne Weiteres die frühere mit allen ihren Clauseln aufgehoben werden können⁴⁸⁾. Indessen fehlt es dieser Distinction an aller

44) L. 6. §. 2 D. de iure codicillar. (XXIX. 7). /

45) Von Vermächtnissen und Fideicommissen Bd. II. S. 1882.

46) L. 12. §. 3. L. 14 pr. D. de leg. l. L. 22 pr. D. de leg. III.

47) Mehrere derselben finden sich auch, wenn gleich nur kurz angedeutet, in der Accursischen Glosse zu dieser Stelle.

48) Diese Meinung einiger früheren Juristen (z. B. des Ol-

practischen Realität. Ob der Testator bestimmt: es soll etwas überhaupt nicht gelten, oder: es soll nur unter dieser und jener Bedingung gelten, ist an sich gewiß einerlei. Am ersten könnte man noch sagen: die Form des Testaments ist durchaus unabhängig von dem Willen des Testators; er kann sie eben so wenig erweitern, als aufheben oder vermindern. Räumt man ihm aber die Befugniß ein, über die Form rechtsgiltige Anordnungen zu treffen (und dies dürfen wir wohl nicht bezweifeln), so gehören diese so gut wie die auf den Inhalt sich beziehenden zur *quaestio voluntatis*, beide können daher auch nur auf die nämliche Weise wieder aufgehoben werden⁴⁹⁾. — Andere stellen hier Alles wieder auf den Unterschied: ob die folgende Disposition in dem nämlichen Testamente oder in einer davon verschiedenen Willenserklärung erfolge; nur im ersten Falle sey eine ausdrückliche Aufhebung erforderlich, im letzteren verstehe sie sich allemal von selbst, und von einem solchen Falle spreche unsere Stelle⁵⁰⁾. Zur Widerlegung dieser Meinung darf

BRADUS, des ANDREAS de PISIS und JASON de MAYNO referirt und billigt *Ul. ZASIUS* ad h. l. Nr. 5. 6. (opp. ed. Freyf. T. II. p. 144).

49) A. FABER erklärt sich zwar gleichfalls gegen die oben referirte Ansicht, aber nicht, weil er sie geradezu für verwerflich hält (weil er mehr mußte sie ihm, bei seiner Hingebung zu scholastischen Subtilitäten vorzugsweise gefallen), sondern weil der Testator nicht gesagt hatte: *Volo quod in codicillis meis requiratur sed solennitas, quod ego me subscribam et mea manu signem*. Wäre dies gewesen, meint er mit *BARTOLIUS* ad h. l. so würde der Unterschied gegründet seyn!

50) G. Barth. CRESSII differ. jur. Cap. XXXI. Nr. 5 (in HENRICII *Jurisprudentia Romana et Att.* T. II. p. 310).

ich mich aber wohl auf die obige Ausführung beziehen, daß, bei solchen testamentarischen Verfügungen, wenigstens, welche als Bestandtheile des nämlichen letzten Willens im Rechtsinne zu betrachten sind, gar nichts darauf ankomme, wo und zu welcher Zeit sie ausgesprochen seyen⁵¹⁾.

Nach einer dritten Meinung bildet die Verfügung des Testators: ich will, daß die von mir künftig angeordneten Vermächtnisse nicht gelten sollen, eine einzige mit der wirklich erfolgenden Anordnung von Vermächtnissen; beide bestehen als ein unzertrennliches Ganze, indem die erste ja überhaupt nur unter der Voraussetzung zur Anwendung kommen kann, daß sich Vermächtnisse angeordnet finden. Wenn dagegen der Testator ein Codicill oder Testament errichtet, ohne seine frühere Vorschrift dabei zu berücksichtigen, so hat er dadurch zu erkennen gegeben, daß er nicht nach jener Vorschrift verfügen wolle, diese mithin stillschweigend aufheben⁵²⁾. Indessen, diese besonders von A. Faber mit aller Weitschweifigkeit und Spitzfindigkeit der Scholastik vorgetragene Argumentation ließe sich eben so gut umkehren; denn warum sollte man auch nicht sagen dürfen, daß die Vorschrift über die Form der Codizille nothwendig das Daseyn solcher Codizille voraussetze, die dann entweder gültig oder ungültig seyen, je nachdem sie mit jener Vorschrift übereinstimmen, oder nicht! — Eine vierte Meinung geht davon aus, daß Marcian stillschweigend annahme, der Testator habe seine Willensänderung auf irgend eine Weise an den Tag gelegt, oder die Bestimmung über die Form des späteren

51) S. oben S. 178 fgg.

52) A. Faber arr. Pragmat. Dec. XXXVII. Err. 8 und besonders Err. 9. Nr. 2, auch Err. 10. Barth. Chz. s. 179. Nr. 7 sgg. s. 180. Nr. 1. s. 181. Nr. 1.

Codicille wieder aufgehoben, der Jurist wolle also eigentlich nur sagen: davon abzugehen stehe jedenfalls in dem Belieben des Erblassers, da der zuletzt erklärte Wille dem früheren immer vorgehe⁵³⁾. Es ist nicht zu läugnen, daß diese Erklärung die Schwierigkeiten am einfachsten beseitigt und auch durch die Worte der Stelle nicht geradezu ausgeschlossen wird. Aber freilich lag es doch gar zu nahe, wenn Marcian dies wirklich meinte, es deutlich zu sagen, und überdies giebt es eine andere, sinnverwandte Stelle, welche noch vielweniger die Erklärung zuläßt, es sey eine ausdrückliche Willensänderung des Erblassers dabei zu subintelligiren. „Scaevola Lib. IV. Resp.⁵⁴⁾ Testamento filiam et uxorem suam heredes instituit; postea epistolam scripsisse dicitur, qua et quidquid in peculio habuit filius ei donavit, et adjecit: se praecipua haec eum, sui que juris, et post mortem suam habere velle. Quaero, quum testamento significaverit, si quid obsignatum recepisset⁵⁵⁾, id vice codicillorum valeret, epistola autem non sit obsignata, an, quae epistola continentur, ad filium pertineant? Respondi: *si fides*

53) G. hievüber besonders Vorr ad h. l. §. 10.

54) L. ult. pr. D. de leg. II.

55) Statt *recepisset* wird auch *reperisset*, oder *reperisti* gelesen. Jo. Guil. Hoffmann in den *Meletismata acad. ad Pand. Dia. XXXI. (ad Libros XXX. — XXXII observationes variae)* §. II in f. schlägt die Emendation vor: *praecepisset*. Indessen ist überall kein Grund vorhanden, die Florentinische Lesart zu ändern, wenn man das *recepisset* auf den Sohn bezieht, was sehr wohl angeht, da vorher von diesem die Rede ist. G. Cujacius ad h. l. in edit. Neapol. T. VII. p. 1292.

epistolae selectae constaret, deberi, quas in ea dare se velle significavit.“ Der Testator hatte in seinem Testamente erklärt, daß besiegelte Nachträge zu seinem Testamente als Codizille gelten sollten; nachher schenkt er dem Sohn das Peculium; worüber sich aber nur ein offenes Schreiben vorfindet. Dennoch erklärt *Scävola* diese Disposition für geltend, und verlangt ganz offenbar nur den Beweis der Richtigkeit dieses Schreibens. Allenfalls ließe sich die Stelle so verstehen: der Testator bestätigt besiegelte Nachträge zu seinem Testamente als Codizille, daraus folgt aber nicht, daß unbesiegelte überall nicht gelten sollen. Indessen liegt es gewiß viel näher anzunehmen, daß der Erblasser überhaupt nur die besiegelten Codizille gelten lassen wollte. Ob er könnte man den Schenkungsbrief auf eine *donatio inter vivos* beziehen, wobei denn der Testator nur erklärte: dem Sohn solle der Werth des Peculiums von seiner Miterbin nicht auf seinen Erbtheil angerechnet werden⁵⁶⁾. Doch gestehe ich, auch zu dieser Erklärung kein rechtes Vertrauen zu hegen, da *Scävola* in der L. 80 und in den vorausgehenden Stellen nur von Verfügungen auf den Todesfall spricht. Hiernach bleibt denn freilich nichts übrig, als den römischen Juristen die Meinung zuzuschreiben, daß eine Vorschrift des Testators über die Form eines künftigen letzten Willens auf den Rechtsbe-

- 56) Einige Unterstützung erhält diese Ansicht dadurch, daß der Sohn hier als *huius juris* bezeichnet wird. Er konnte daher nicht bloß eine wirksame *inter vivos donatio* vom Vater an ihn erfolgen, sondern die Ueberlassung des Peculiums an denselben ist bekanntlich sogar begünstigt, indem er es erhält, wenn es ihm nur nicht genommen ist. L. 31. §. 2 D. de donat. (XXXIX. 5).

stand desselben überall keinen Einfluß habe; galt dies aber sogar für Codizille, die doch nur als ein Theil des schon errichteten Testaments anzusehen waren, so muß es natürlich noch viel mehr für ein nachfolgendes feierliches Testament geltend).

Uebrigens wird von manchen Practikern, welche beide Stellen eben so verstehen, die Modifikation hinzugefügt: nur nach der *stricta ratio juris* sey das so; die Billigkeit und die Rücksicht auf den wahren Willen des Erblassers erfordere aber, daß man der folgenden Disposition nicht anders Gültigkeit zugesche, als wenn der Testator die Beschränkung wieder aufgehoben habe⁵⁷⁾. Diese Ansicht verdient wenigstens aus allgemeinen Gründen alle Begünstigung. Jedenfalls aber wird ein Testator wohl thun, wenn er die Aufhebung der früheren Wortschrift wirklich beabsichtigt, dies durch eine allgemeine oder besondere Bestimmung in der späteren Disposition zu erklären; denn nur hiedurch kann er mit Sicherheit den Streitigkeiten vorbeugen, die bei den Meinungsverschiedenheiten und den Zweifeln, welche die Sache an sich hat, sonst ansehnlich entstehen werden⁵⁸⁾.

57) A. FABER *error*. Pragm. Dec. XXXVII. Err. 9. Nr. 2.

58) S. *Casp.* MANZIUS *de test. valido et invalido*. Cap. XXII. Nr. 53. — S. auch STARK *de cautel. test.* Cap. XXIV. §. 55. und die das. angef. Schriftsteller.

59) Vgl. oben S. 172. Note 86. — Man kann dies freilich auf alle mit Derogatorclauseln versehenen Testamente anwenden. Dann ist gleich nach der richtigen Ansicht die ausdrückliche Aufhebung solcher Clauseln nicht erforderlich. (s. oben Note 3. a. und den dazu gehörigen Text), und da eine Verfügung, wie die hier zur Frage stehende, ihrer Natur nach durchaus verschieden ist von den eigentlichen Derogatorclauseln, so ist es doch der Meinungs-

II. Wir wenden uns jetzt zu der zweiten Frage: ob die Unwiderruflichkeit eines Testaments durch Vertrag begründet werden könne? Dies zu bejahen dürfte ganz unbedenklich seyn. Auf Stellen des römischen Rechts kann man die entgegenstehende Ansicht nicht stützen⁶⁰⁾, da diese auf das Genaueste mit dem römischen Verbot der Erbverträge zusammenhängen. Zwar ist hier nicht von einfachen Erbverträgen die Rede, sondern von Testamenten, welche durch Vertrag unwiderruflich gemacht werden sollen, oben aber wurde bemerkt, daß mit dem römischen Testamentsrecht auch die Regel: *nemo sibi potest legem dicere, ne a priori voluntate recedere ei liceat* bei uns geltendes Recht geworden sey. Allein in der heutigen Anwendung darf

verschiedenheiten wegen rathsam, die Aufhebung hier ebenfalls nicht zu unterlassen. Vgl. *Ern. Lud. MÜLLER* diss. de test. conjug. recipr. mutabilitate (Goett, 1760). S. 22. In Frankreich wurden übrigens die Derogatorclauseln durch ein Edict v. J. 1735 ganz verboten; s. *Hyacinth. GARNIER* diss. de testamentor. revocat. Leod. 1830. Cap. I. p. 7.

- 60) Die Vertheidiger der entgegengesetzten Meinung berufen sich hier besonders auf L. 52. §. 9 D. *pro socio* (XVII. 2). L. 61 D. *de P. O.* (XLV. 1). L. 15 C. *de pact.* (so v. Wening-Ingenheim Lehrb. B. V. §. 106. Mejer in d. 4. Ausg. von Schweppe's röm. Recht. Bd. V. §. 869. Not. 1), auch wohl auf L. 19 C. *de testam.* (VI. 23), i. B. GÜNTHER princ. jur. Rom. noviss. §. 791, Not. c. Doch mit gleichem Rechte hätte man auch L. 4 D. *de adim. vel transfer. leg.* u. viele andere Stellen hieher ziehen können. Denn daß nach röm. Rechte Unwiderruflichkeit letztwilliger Verfügungen und Erbverträge nicht anerkannt sind, ist ja eine bekannte Sache!

dieser Grundsatz nur auf einseitige Willenserklärung bezogen werden; sind Erbverträge überhaupt gestattet, so müssen sie auch in Beziehung auf Testamente, oder solche Dispositionen, welche die Form von Testamenten haben, erlaubt seyn. Will man diese Ansicht mit subtilen Gründen bekämpfen, so kann es daran begreiflich nicht fehlen. Indessen bei der Collision zweier so verschiedener Rechtsbegriffe, wie Testamente und Erbverträge, geht man am sichersten, sich an die einfachsten Regeln zu halten. Hier- nach würden wir fragen: führt es etwa zu Verwirrungen oder unauslösllichen Widersprüchen, wenn man den Inhalt eines Testaments zum Gegenstande eines Vertrags macht? Ich wüßte nicht, welche Gründe man der verneinenden Beantwortung dieser Frage entgegenstellen könnte. Zwar ließe sich einwenden: dadurch höre das Testament auf, Testament zu seyn, und verwandle sich in einen wahren Vertrag. Hierauf würde man nun allenfalls erwidern können: dies sey nur in Ansehung der Unwiderruflichkeit einer solchen Verfügung wahr, vom Testamente dagegen bleibe ihr nicht nur die Form der Willensäußerung, sondern auch der wesentliche Inhalt, was insofern von Bedeutung ist, als nun in jedem Falle der Erbe, mit dem ein solcher Vertrag eingegangen wird, auch in Ansehung der Verbindlichkeiten als ein wahrer Testamentserbe behandelt wird, wie man dies für den eigentlichen Vertragserben meistens nicht annimmt⁶¹⁾. Wäre aber auch ein solcher Unterschied gar nicht vorhanden, so gelten doch nun einmal Erbverträge in Deutschland; eben so gut wie jede andere einseitig entworfene Disposition muß daher auch der Inhalt eines Testaments durch Vertrag bestätigt werden

61) Vgl. Haffse im rhein. Mus. Bd. II. S. 212 fg. Nr. 12.

können⁶²⁾. Der Name Testament thut hier nichts zur Sache, sondern nur der Wille des Erblassers kommt als wesentlich in Betracht. Es haben auch von jeher die meisten und gewichtigsten Stimmen die Zulässigkeit vertragsmäßig erklärter Unwiderruflichkeit eines Testaments angenommen⁶³⁾.

Subjecte dieses Vertrags nun sind oder Erblasser und Derjenige, welcher ein rechtliches Interesse dabei hat, daß das Testament nicht aufgehoben werde. Meistens wird dies der Erbe selbst seyn⁶⁴⁾. Es kann aber der Vertrag vor Errichtung des Testaments eingegangen wer-

62) Denn so wie Verträge, wodurch die Unabänderlichkeit eines Testaments vereinbart wird, nur da möglich sind, wo Erbverträge anerkannt werden, so sind sie allerdings der Hauptsache nach als wahre Erbverträge zu betrachten (KIND quaestiones forenses P. I. Cap. 54. p. 392 ff. Note 9. d. 2. U.). Es können daher für sie auch keine Einschränkungen angenommen werden, welche nicht ebenfalls für Erbverträge gelten. — Daher versteht sich aber auch von selbst, daß, wenn für Erbverträge gewisse Formen vorgeschrieben sind, diese auch bei den pactis de non mutando vel revocando testamento beobachtet werden müssen; KIND l. l.

63) G. MEVIUS ad jus Lub. Lib. II. Tit. 1. Rubr. Nr. 107. Ge. Ad. STRUVE syst. jur. civil. Exerc. XXX. Th. 19 u. Exerc. XXXVIII. Th. 48. Som. STARK cautel. test. cap. XXIV. §. 15. 16. Id. in usu mod. Pand. Lib. XXVIII. Tit. 3. §. 3. 4. LEYSER med. ad Pand. Sp. 43. m. 6. 7 und Sp. 359. m. 8. 9.

64) Daß ein solcher Vertrag auch für Vermächtnisnehmer Wirksamkeit haben kann, wurde oben §. 1425f. gezeigt. Wird er bloß mit einem Vermächtnisnehmer eingegangen, so hat auch nur dieser ein Forderungsrecht, gleichwie aus einer Schenkung unter Lebenden, deren Erfüllung erst nach dem Tode des Schenkers geschehen soll.

den⁶⁵), oder nach demselben, oder er kann auch neben und in Verbindung mit dem Testamente vorkommen. Die Zulässigkeit der letzteren Erklärungsart ließe sich allerdings bezweifeln, indem die erforderliche Einheit des Testamentsacts dagegen zu sprechen scheint, und in der That wüßte ich nicht, wie man diesen Zweifel beseitigen wollte, wenn wirklich während des Testamentsacts die Willenseinigung erfolgte⁶⁶), falls man nicht etwa sagte: das Ganze gelte überhaupt nur Kraft des Betrags, mithin in aller Beziehung als ein wahrer Erbvertrag. Indessen kann ja der Erbe (welcher freilich nicht mit zu den Zeugen gehören darf) die im Testamente ausgedrückte Unwiderruflichkeit nach der Testamentshandlung förmlich acceptiren, oder Erblasser und Erbe können sich unter der Testamentsurkunde hierüber einigen u. s. w. Auch ist

65) Bei den Römern galt die Stipulation: *si heredem me non feceris, tantum dare spondes?* darum nicht, weil Erbverträge nicht galten (L. 61 D. de V. O.). Hieraus folgt, daß ein Vertrag dieser Art, mithin auch ein solcher, wodurch ein Testament im Voraus für unwiderruflich erklärt wird, h. z. L. für rechtsbeständig gehalten werden muß. — Uebrigens kann der Vertrag: versprichtst Du mich im Testamente zum Universalerben einzusetzen? An und für sich noch nicht als Erbvertrag angesehen werden, da es dem Betrage an hinreichend genauer Bestimmung des Objects fehlt, ja es kann eben um des Willen überall keine Klage auf Erfüllung daraus entstehen, falls nicht eine Conventionalstrafe für den Fall der Nichterfüllung festgesetzt ist; arg. L. 94 u. 115 pr. D. de V. O. — Vgl. hiermit Haffes Aufsatz über Erbverträge u. s. w. im Rhein. Mus. Bd. II. S. 206 fgg. Nr. 6 u. 8.

66) C. L. 21 §. 3 D. *qui test. fac.* L. 28 pr. C. de test. (VI. 23) C. Bd. 34 v. Comment. §. 1414. C. 378 fg.

die in einem testamentum reciprocum von beiden Testatoren hinzugefügte Derogatorclausel als vertragmäßige Einigung anzusehen, wie es denn überhaupt einer bestimmten Form dazu nicht bedarf, sobald nur kein Zweifel über die Willensmeinung entstehen kann⁶⁷). Nur die Theorie, daß die s. g. pacta successoria mixta wie wahre Testamente einseitig aufgehoben werden dürfen⁶⁸), könnte hier einiges Bedenken erregen; denn wir setzen hier eine letztwillige Verfügung voraus, welche alle Erfordernisse eines wahren Testaments hat, mithin auch als solches gelten kann. Indessen auch an den Orten, wo jene sonderbare Theorie in ihrer ganzen Ausdehnung gilt, hat sie doch nur die Bedeutung, daß im Zweifel Widerruflichkeit anzunehmen sey; dieser Zweifel fällt aber natürlich da weg, wo sich eine bestimmte Erklärung vom Gegentheile findet⁶⁹).

67) LEYSEN med. ad Pand. Sp. 359. med. 9 fg. — Mehr hierüber wird bei der folgenden Ausführung (unter Nr. III.) vorkommen.

68) Bekanntlich versteht man darunter die Verträge, wodurch die Erbfolge, jedoch unter Beobachtung der bei Testamenten üblichen Förmlichkeiten zugesichert wird. Meistens erwähnt man diesen Begriff nur bei Eheverträgen und beschränkt ihn auch darauf (f. Bd. 25 d. Comment. §. 1247. §. 382. Nr. 2); indessen nimmt man denselben auch in der obigen allgemeineren Bedeutung. Man vgl. hierüber die Lehrbücher des deutschen Privatrechts. Von dieser allgemeineren Bedeutung ist oben bereits an mehreren Stellen die Rede gewesen. §. §. 1425 f.

69) S. STRYK succ. ab int. Diss. VIII. Cap. 5. §. 41. WERNIER observat. for. Tom. II. P. II. obs. 451. LEYSEN med. ad Pand. Sp. 308. HOMMEL rhapsodiae quaestion. obs. 203. — Vgl. Bd. 25 d. Comment. §. 1248. §. 383 fg.

III. Was die dritte Frage anbelangt: können auch wechselseitige Testamente — s. g. *testamenta reciproca* — einseitig wieder aufgerufen werden? so ist nicht nur der Begriff und der Unterschied dieser Testamente von verwandten Geschäften bereits an einem andern Orte dieses Commentars entwickelt, sondern auch die hier aufgeworfene Frage selbst ihren wesentlichen Puncten nach erörtert⁷⁰⁾. Indessen findet sich daselbst die Versicherung: daß unsere Frage beim §. 1428 näher erörtert werden solle⁷¹⁾, und dies Versprechen zu lösen hatte ich mich um so mehr verpflichtet, da die Abhandlung von Hassse nunmehr vollständig erschienen ist und in wichtigen Puncten zu ganz andern Resultaten führt, als die früher in dem Commentar vorgetragenen sind⁷²⁾.

Wir gehen hier von folgenden Sätzen aus, die jetzt wohl als feststehende betrachtet werden dürfen:

1) Wechselseitige Testamente sind keine Erbverträge, sondern wirkliche Testamente⁷³⁾, nur darin von der gewöhnlichen Regel abweichend, daß mehrere Testatoren

70) S. Bd. 35 des Comment. §. 1419 a. Nr. 2. S. 50 — 75.

71) S. das. S. 64.

72) Die zu dieser Streitfrage gehörige Literatur findet sich überhaupt bereits Bd. 35, §. 1419 a. S. 50. 51. Note 8 angegeben. Hinzuzufügen ist noch: E. L. MÜLLER Diss. de testamenti conjugum reciproci mutabilitate. Goett. 1760; und sodann der Schluß der Hassseschen Abhandlung vom wechselseitigen Testament, Testament bei Gütergemeinschaft, und von dem auf eine fremde Erbschaft gelegten Fideicommiss, im dritten Bande des Rhein. Mus. Heft 3. S. 490 — 551.

73) S. Bd. 35 d. Comment. S. 64 — 66 (Nr. 1).

gemeinschaftlich, d. h. durch einen Solemnitätsact testiren und einander gegenseitig zu Erben einsetzen⁷⁴⁾.

74) Die neuere Doctrin hat die Lehre von den wechselseitigen Testamenten mit Begriffen und Kunstausdrücken überladen, die ganz offenbar nicht aus dem Leben hervorgegangen, sondern willkürlich gebildet sind, wie leider auch sonst häufig genug in unserer Rechtswissenschaft der Fall ist. So unterscheidet man *testamenta simultanea* oder *mutua* (auch wohl *duplicia*) und *reciproca*; die ersteren Ausdrücke bezieht man auf die Entstehungsart, den letzteren auf den Inhalt, m. a. W. ein *test. simultaneum* oder *mutuum* ist dasjenige, welches von Mehreren durch einen Solemnitätsact errichtet ist, ein *testamentum reciprocum*, worin die Testatoren einander zu Erben eingesetzt haben. Beides kann miteinander verbunden seyn, es kann aber auch reciproke Testamente geben die nicht *simultanea* sind, und umgekehrt können Mehrere gemeinschaftlich testiren, ohne einander im Testamente weiter zu berücksichtigen. Ein Gleiches soll denn auch in Ansehung der *correspectiven* Testamente (s. davon die Nr. 2 im Texte) gelten. (Vgl. HARPRECHT *dis. de testamentis correspectivis* §. IV. Nr. 27 fgg. §. XXXIII. Nr. 319 fgg. Kreitmayer Anm. über den Cod. Maximil. Bavar. zu Th. III. Cap. IV. §. XXI. Nr. 2. HOFACKER *princip. jur. civil. Rom. Germ.* T. II. §. 1360). Auch in einzelne Particularrechte sind diese Distinctionen eingedrungen. (z. B. in den Cod. Max. Bav. Th. III. Cap. 4. §. 11), wahrscheinlich aber, wie so manche andere Schulbegriffe, ohne daß die Praxis davon sonderliche Notiz genommen hat. Unter der großen Menge wechselseitiger Testamente, die ich in Acten gesehen, oder habe publiciren hören, ist mir kein einziges vorgekommen, welches nicht durch eine Testamentshandlung errichtet oder mit gegenseitiger Erbesetzung verknüpft gewesen wäre (Das Preuß. Landr. schreibt Erbesetz. als Bedingung der Gültigkeit solcher Testamente

2) Diese Testamente sind an sich unabhängig von einander, so daß das eine stehen und fallen kann (z. B.

vor, Th. II. Tit. 1. §. 483). Auch zeugt das Schwankende in der Anwendung und selbst in der Bezeichnung dieser Begriffe, wie wenig die Sache feststeht. Die meisten Schriftsteller wagen sich gar nicht bestimmt mit der Sprache heraus, sondern deuten nur entfernt an, daß die Eigenthümlichkeiten eines reciproken Testaments nicht durch einen gemeinschaftlichen Testamentsact bedingt seien; Andere setzen die test. duplicia oder simultanea den mutuis oder reciprocis entgegen, wie denn in der That diese beiden Ausdrücke auch kaum verschiedene Begriffe bezeichnen können (s. z. B. Griesinger Commentar über das Württembergische Landrecht Th. III. Tit. 7. §. 52. Bd. V. S. 190 fg.). Indessen auch von diesem Allen ganz abgesehen, glaube ich, daß sich der oben von mir angegebene Begriff als gemeinrechtlicher sehr wohl deduciren läßt. — Schwerlich würde sich ein besonderes Recht daraus entwickelt haben, daß Mehrere in verschiedenen Testamenten einander zu Erben einsetzen, sondern es konnte dies nur zu der Frage Veranlassung geben, ob nicht eine solche Erbeseinsetzung unter den Begriff der captatoriae heredis institutiones falle? (eine Frage, welche Papinian verneint, in der L. 70 D. de hereditib. instit.). Gesah dies aber in einem und demselben Testamente; so lag hierin eine Abweichung von der Regel, daß nicht mehrere Testamente durch einen Act errichtet werden dürfen. Eine Abweichung von diesem Grundsatz war längst anerkannt, nämlich die Möglichkeit einer Verbindung des eignen Testaments mit dem, welches ein Vater für sein unmündiges Kind errichtete, oder in dem Recht der Pupillarsubstitution; allein wie unverrückt man auch hierbei noch die Regel im Auge behielt, ergiebt sich aus der Aeußerung: es seien nur gewisse massen zwei Testamente, oder auch: unum est testamentum duarum causarum (GAI Inst. II. §. 160 u.

De injusto, rupto irrito facto testamento. 217

wegen verletzten Notherbenrechts), ohne daß dies auf das andere von Einfluß ist. Vielsältig aber ist ausdrück-

§. 2 J. *de pupillari subst.*). Eine viel größere Entfernung von der Regel liegt aber darin, daß Mehrere in demselben Testamentsact ihren letzten Willen errichten; diese Anomalie, wenn man sie überhaupt zuließ, konnte nur dadurch gerechtfertiget erscheinen, daß die Testamente ihrem wesentlichen Inhalte nach mit einander in Verbindung standen. Ein solcher Fall wurde dem K. Valentinian III. zur Entscheidung vorgelegt, und er bestimmte, daß die aus gegenseitiger Zuneigung von den Testatoren in derselben Testamentsurkunde erfolgte reciproke Erbeseinsetzung gültig seyn sollte (Nov. 63 in *juris civil. ante Justin. ed. Berol. p. 1320 sq. C.* auch Bd. 35 b. *Comment. C. 53*). Diese Constitution ist nicht im Justinianischen Codex mit aufgenommen, man hat aber das Recht der wechselseitigen Testamente darauf hauptsächlich gebaut. Was man nun auch hier und dort daraus gemacht hat, so dürfen wir uns doch, wenn von der Construction eines gemeinrechtlichen Begriffs die Rede ist, an den bekannten Grundsatz halten, daß bei anomalousen Begriffen die möglichst geringe Abweichung von der bestehenden Rechtsregel angenommen werden muß (arg. L. 35 pr. C. *de inoff. test.*). Wenden wir dies hier an, so ergibt sich, daß — wofern nicht Particularrechte das Gegentheil gestatten — a) mehrere Individuen nicht alle durch einen und denselben Testamentsact verschiedene, ihrem Inhalte nach in gar keiner Verbindung stehende Testamente errichten dürfen, indem dies die Regel ganz umkehren würde; eben so wenig aber auch b) mehrere durch ganz verschiedene Handlungen entstandene Testamente, wie auch ihr Inhalt beschaffen sey, mit einander in rechtliche Beziehung gesetzt werden können. Durch die gemeinschaftliche Errichtungsform wird es allerdings möglich, mehrere Testamente in gewisser Beziehung als ein einziges Rechtsgeschäft zu be-

sich bestimmt, oder nach den Umständen anzunehmen, daß dergleichen Testamente nur mit und neben einander bestehen sollen; alsdann nennt man sie *correlative*⁷⁵⁾.

Wenn nun also reciproke Testamente ihrem Wesen nach als verschiedene letzte Willensordnungen betrachtet werden müssen, so folgt von selbst die Möglichkeit eines einseitigen Widerrufs derselben von Seiten ihrer Urheber. Diese wird auch durch die Correlativität solcher Testamente nicht aufgehoben, wohl aber zieht die Aufrufung des einen Testaments die Ungiltigkeit des anderen nach

handeln, ohne völlige Vernichtung aller juristischen Prinzipien wird man aber zwei auch äußerlich von einander getrennte Willensacte nie zu einem Ganzen verbinden können. Uebrigens werden wir unten des Zusammenhangs wegen noch einmal auf die abge sondert errichteten s. g. *correlative* Testamente zurückkommen müssen. Auch bemerke ich, um nicht mißverstanden zu werden, daß das über die Einheit der Handlung bei eigentlich reciproken Testamenten hier Gesagte nur auf den Solemnitätsact zu beziehen ist, nicht auf die Urkunde, welche den Inhalt des Testaments enthält (s. Griesinger a. a. O. S. 190. Note W); es kann daher jeder Testator seinen Willen in einem besonderen Aufsatz erklärt haben, wenn nur der Solemnisationsact ein gemeinschaftlicher ist.

75) S. Bd. 35 d. Comment. S. 61 — 64. — Den Ausdruck *correlative* Testament leitet man daher ab, „*quod alter actus alterius respectu celebratus sit*“ (HARPRECHT de testam. corresp. §. II. Nr. 11 fgg.). Die Wirkung derselben wird, wenn auch nicht gerade mit den Worten, doch der Sache nach allenthalben so bestimmt, wie im Text geschehen ist. S. z. B. HARPRECHT l. l. §. IX. Nr. 78 sqq. HOFACKER princip. jur. civ. Rom, Germ. T. II, §. 1360. Nr. III. Thibaut Pandektenrecht §. 955. Hartisch Erbrecht §. 77.

sch, was bei den gewöhnlichen reciproken Testamenten nicht der Fall ist. Indessen wird von berühmten Juristen die Meinung vertheidigt, daß gegenseitige Testamente, wenigstens die correspondiven, überhaupt nicht einseitig aufgerissen werden dürfen⁷⁶⁾. So allgemein ausgedrückt fehlt es dieser Behauptung aber an allen haltbaren Gründen. Reciproke Testamente sind allerdings wahre Anomalieen; auch kann man gerne zugeben, daß der deutschrechtliche Gebrauch in Ehe Stiftungen zugleich das gegenseitige Erbrecht der Ehegatten zu bestimmen und überhaupt das Recht der Erbverträge das Aufkommen solcher Testamente in Deutschland befördert habe⁷⁷⁾. Dies stempelt sie aber noch keineswegs zu wahren Erbverträgen⁷⁷⁾, von denen sie auch in den Particularrechten sehr

76) Die Unwiderruflichkeit aller gegenseitigen Testamente behaupten z. B. Ja. Sam. STRYK Diss. de testamentis conjugum reciproci §. 74 sq. v. Balow und Hagemann in den practischen Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit Bd. IV. Nr. XXXIX. W. H. Puchta Handb. des gerichtl. Verfahrens in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Zweiter Bd. §. 210 d. 2. 9.; die der correspondiven STRUV Synt. jur. civil. Exerc. XXXII. Th. 43 u. Klein in den Rechtsprüchen der Hallischen Juristen-Facultät Bd. I. Nr. 12.

77) Vgl. hierbei die Note 74, ferner Haffs im Rhein. Mus. Bd. III. S. 245 u. Bd. 35 d. Comment. S. 59.

77a) Vgl. Haffs a. a. O. S. 260. Nr. 18. Zu den treffenden Bemerkungen Haffs über die seltsame Logik mancher Juristen, welche in den gewöhnlichen Eingangswörtern der reciproken Testamente; man habe sich entschlossen u. s. w. einen Vertrag finden, — bietet einen Beleg Klein in den Rechtsprüchen der Hallischen J. F. Bd. I. Nr. XII. S. 99 fgg.; wo es heißt: aus der Aeußerung,

bestimmt unterschieden zu werden pflegen⁷⁸⁾; gesetzt man ihnen aber den Character von Testamenten zu, so erfordert die Consequenz, auch das Prinzip von der Widerurslichkeit einseitiger letzter Willensordnungen wenigstens als Regel hier anzuerkennen, wie denn dies von jeher auch die gemeine Meinung gewesen ist⁷⁹⁾.

Die testirenden Ehegatten seien mit einander zu Rathe gegangen u. s. w. ergehe sich, daß ihr letzter Wille, wenn auch nicht die Form eines Vertrags habe, doch einen Vertrag voraussetze!

- 78) 3. B. im Bärtemb. Landr. Th. III. Tit. 7. §. 4. Cod. Max. Bavar. Th. III. Cap. 4. §. 11. Nr. 7. Preuß. Landr. Th. II. Tit. 1. §. 485. Oesterr. Gesetzbuch §. 1248. — Uebrigens beschränken die beiden zuletzt genannten Particularrechte das Recht, solche Testamente zu errichten, ausdrücklich auf Ehegatten (Preuß. Landr. Th. I. Tit. 12. §. 614. Th. II. Tit. 1. §. 482. Oesterr. Gesetzb. a. a. O.), in andern sind sie ganz verboten, 3. B. im Sächsen Rechte B. II. Tit. 1. Art. 10.

- 79) Von der großen Zahl hiermit übereinstimmender Schriftsteller nenne ich nur *Marr decisiones. P. IX. Dec. 148. n. comment. ad jus. Lub. P. II. Tit. I. Art. 10. Nr. 31 fgg. Jo. Voet in comment. ad Pand. tit. de inj. rupto irr. f. test. §. 11. Strayk in usu moderno Pand. h. t. §. 5. Lerser med. ad Pand. Sp. 359. m. 3 sqq. Müller Diss. de test. conj. recipr. mutabil. §. 14 sqq. Mich. Godofr. Wernher lectiss. comment. in Pand. h. t. §. 10. Müller obs. pract. ad Lerser T. III. obs. 632. H. D. Weber Erläuter. der Pand. n. Helffeld Tit. V. Lib. XXVIII. §. 1444. (Bd. 2. S. 238). S. auch Bd. 35 d. Comment. S. 66 fg. Nr. 2, ferner gehört hauptsächlich hieher Haffse a. a. O., welcher durch die ganze angef. Abhandl. die einseitige Widerurslichkeit vertheidigt. — Auch die oben (Note 78) erwähnten Par-*

Indessen leidet diese Regel gerade in Beziehung auf die gegenseitigen Testamente mehrere Beschränkungen, von denen die eine, da sie ganz allgemein für Testamente dieser Art gilt, hier erwähnt werden soll. Die Hinzufügung der derogatorischen Clausel hat nämlich, nach der consequenteren Meinung, die Wirkung eines Vertrags, wodurch ein Testament für unwiderruflich erklärt wird. Zwar fehlt es dieser Ansicht nicht an Gegnern⁸⁰⁾, und in der That scheint sie auf den ersten Anblick die Consequenz nicht für, sondern wider sich zu haben. Denn hält man sich lediglich daran, daß die gegenseitigen Testamente als selbstständige und von einander unabhängige bestehen, so erscheint allerdings der Schluß gerechtfertigt, daß die derogatorische Clausel hier nicht mehr wirken könne, wie bei den einfachen Testamenten. Allein die Möglichkeit particularrechte gestatten einseitigen Widerruf, wenn gleich zum Theil unter gewissen Beschränkungen.

- 80) Zu diesen gehören vorzüglich *Ul. HUBER* in *Praelect. ad h. tit. Pand. §. 4* und *HARPRECHT* in der *Diss. de test. correspectivis §. IX. (m. 78 sqq.)* und *§. XII. (Nr. 98 fgg.)*, auch in der *Diss. de reciproci inter conjuges sed coacti testamenti revocatione Cap. I. §. IX sqq.*, welcher sogar behauptet, daß nicht einmal ein *pactum* denon *revocando testamento* wirksam sey! Auch *LEYSER med. ad Pand. Sp. 350. m. 9* gesteht dem *pactum* da non *mutando testamento* lediglich in Ansehung des vom Ueberlebenden herrührenden Vermögens eine Wirksamkeit zu. Allein dadurch spricht er demselben alle Wirkung ab, indem Das sich ganz von selbst versteht, daß der Ueberlebende einem Dritten nichts von dem entziehen kann, was ihm in Gemäßheit des *test. recipr.* aus dem Vermögen des Vorverstorbenen gebührt. Die unbedingte Widerruflichkeit vertheidigt auch *MÜLLER diss. cit. §. 13.*

keit, die mehreren Testamente in einer Urkunde und durch einen Solennitätsact zu vollziehen, giebt der Sache doch eine etwas andere Wendung. — Ein einfaches Testament ist kein Geschäft, welches man mit einem Andern schließt, m. a. W. es ist kein mehrseitiges, sondern nur ein einseitiges Rechtsgeschäft, und darum kann der eingesetzte Erbe auch durch die derogatorische Clausel kein Recht erhalten, welches ihm das Testament selbst nicht giebt. In einem reciproken Testamente dagegen liegt im Grunde das Versprechen gegenseitiger Erbeseinsetzung, nur kann dies Versprechen die Wirkung eines Vertrags in der Regel nicht haben, da im Zweifel anzunehmen ist, daß die Testatoren, indem sie diese Verfügungsart erwählten, es auch in Ansehung der Wirkung bei Dem bewenden lassen wollen, was das gesetzliche Testamentsrecht mit sich bringt. Würde aber das Versprechen der Erbeseinsetzung von jedem Theile förmlich acceptirt, so dürfte man nicht zweifeln, daß jetzt auch vertragsmäßige Wirkung, also Unwiderruflichkeit der Verfügung eintrete, da eine solche Verbindung von Vertrags- und Testamentsrecht sogar bei einfachen Testamenten möglich ist. (S. oben Nr. II. §. 209 fgg.). Wenn nun beide Testatoren ihrer Disposition die Derogatorclausel hinzufügen, so haben wir hier einmal eine bestimmte, den oben erwähnten Zweifel ausschließende Willenserklärung über die Wirkung der Disposition; es ist aber zweckens diese Erklärung in einem gemeinschaftlichen Rechtsact ausgesprochen, sie läßt sich mithin auch formell als eine Willenseinigung ansehen, wozu es ja einer bestimmten Form auch bei eigentlichen Verträgen nicht bedarf, sobald nur gegenseitige Einwilligung vorhanden ist. Legt man daher der Derogatorclausel bei reciproken Testamenten die Wir-

De injusto, rupto irrito facto testamento. 223

Tung eines Vertrags bei, so bringt man nur die Regel zur Anwendung, daß wosern nicht besondere Gründe entgegenstehen, ein Rechtsgeschäft allemal so auszulegen ist, daß es der Absicht seiner Urheber gemäß und zwar möglichst wirksam bestehe⁸¹⁾).

Ist nun also ein Unwiderruflichkeitsvertrag oder was diesem gleichsteht dem Testamente nicht beigefügt, so kann jeder Theil seinen letzten Willen, wenigstens so lange Beide noch am Leben sind und keiner des Anderen Erbe geworden ist, ungehindert widerrufen. Sehr streitig ist es aber, ob dies auch alsdann noch geschehen darf, wenn der Ueberlebende bereits der Erbe des anderen Theils geworden ist und in dem Testamente Verfügungen zum Besten dritter Personen getroffen sind. Dies kann hauptsächlich auf dreifache Art geschehen: entweder ist der Ueberlebende mit bloßen Singularvermächtnissen belastet, oder es ist ihm ein Miterbe ernannt, oder es ist angeordnet, daß der gesammte Nachlaß nach dem Tode des Ueberlebenden an bestimmte dritte Personen (meistens beiderseitige Verwandte der Testirer) fallen solle. Die mancherlei bei diesen Anordnungen noch möglichen Modificationen⁸²⁾ übergehen wir, da die Prinzipien der Entscheidung immer dieselben bleiben, und überhaupt dürfen wir vorzugsweise nur den letzten und zugleich gewöhnlicheren Fall etwas näher betrachten.

81) L. 12 D. de reb. dub. (XXXIV. 5). Vgl. Paul. VOET in comment. ad Tit. Inst. de test. ordin. Nr. 5.

82) Z. B. der Ueberlebende und ein Dritter werden zu Mit-erben ernannt, der Erstere wird diesem zugleich substituirt, sein Recht aber auf einen Nießbrauch an dem ganzen Vermögen eingeschränkt, indem das Ganze beiderseits die beiderseitigen Intestaterben der Testirer erhalten sollen; s. den Fall bei Leyser Sp. 359. med. 11.

Also A. und B. setzen einander zu Erben ein, mit der Bestimmung, daß ihr beiderseitiges Vermögen nach des Letztlebenden Tode gewissen im Testamente genannten oder bezeichneten Personen zufallen solle⁸³⁾. Man könnte nun diese Disposition juristisch etwa auf folgende Art auslegen: die Rotherben sind dem Vorverstorbenen direct, dem Ueberlebenden fideicommissarisch substituirt, m. a. W. sie beerben den Ueberlebenden in Ansehung dessen eignen Nachlasses direct, da der von ihm eingesetzte Vorverstorbene nicht hat Erbe werden können, diesen beerben sie fideicommissarisch, da der Ueberlebende dessen Erbe ge-

- 83) Bisweilen haben die Testirer nur das endliche Ziel ihrer Disposition vor Augen, die gegenseitige Erbeinsetzung aber wird nicht bestimmt ausgedrückt, immer aber doch als sich von selbst verstehend vorausgesetzt, was, wenn über die Willensmeinung des Testirers kein Zweifel entstehen kann, nach neuerem Rechte einer wirklichen Erbeinsetzung gleich zu achten ist. So namentlich in dem von Klein. (Holl. Rechtsprüche I. Nr. 12) referirten Falle, wo es in dem Testamente nur hieß: „zu unserer alleinigen und wahren Erbin setzen wir die NN. hiermit dergestalt ein, daß sie nach unserm beiderseitigen Abscheiden unsere dereinstige ganze Verlassenschaft — — — in Empfang und Besiß nehmen soll.“ Ferner gehören hieher die zahlreichen Fälle, wo dem Ueberlebenden nur der Nießbrauch zugewandt wird (s. einen solchen Fall bei de CANNGISSER decision. Supr. Trib. app. Hasso-Cassel. T. I. Nr. 43.). Die bekannten Streitigkeiten darüber, ob ein solcher Nießnießer überhaupt für einen wahren Erben zu achten sey? (s. Bd. IX. d. Comment. S. 632. S. 185 fgg. und unten S. 1441) können hier auf sich beruhen bleiben, da sie auf die Entscheidung unserer Frage von keinem wesentlichen Einflusse sind.

worden ist⁸⁴⁾. Wäre dies nun wirklich die Willensmeinung der Disponenten, so würde die Entscheidung sehr einfach seyn. Ueber sein eignes Vermögen dürfte der Testlebende anderweitig frei verfügen, sowohl durch Geschenke auf den Todesfall, wie unter Lebenden, und nur in Beziehung auf den Nachlaß des zuerst Verstorbenern wäre er denselben Dispositionsbeschränkungen unterworfen, wie jeder andere Fideuciärerbe. Es kommt nun freilich immer darauf an, wie die Verfügung lautet, und was die Testirer beabsichtigten⁸⁵⁾. Allein im Zweifel ist doch wohl anzunehmen, daß jeder Theil darauf rechnete, der Andere werde es bei dieser Disposition bewenden lassen; soll also lediglich die Absicht der Disponenten hier entscheiden, so ist eine Auslegung gewiß nicht zu begünstigen, wonach Einer des Andern Erbe werden, über sein eignes Vermögen aber frei verfügen kann⁸⁶⁾. Dies ist

84) Vgl. Haffe a. a. O. S. 262. Not. 23 und S. 269 fg. Nr. 25.

85) „De interpretatione voluntatis omnis quaestio est, et in ea ita versandum, ut non temere sententiam dicamus, nisi conjunctis et consultis omnibus, quae ubique in testamento occurrunt;“ ferner: „Largior, voluntatem conjugum in ejusmodi testamento utramque paginam facere“ sagt *Corn. v. BYNKERSHOEK* in den quaest. jur. privati Lib. III. Cap. 10 in f. (opp. T. II. p. 364 b. u. 366 b.), wobei er jedoch ebenfalls bemerkt, es sey im Zweifel nicht anzunehmen, daß die Testirer sich ihr beiderseitiges Vermögen als getrennte Massen gedacht hätten.

86) Haffe a. a. O. S. 270. — In sehr vielen Fällen tritt nun noch der Umstand hinzu, daß die Testirer dem Ueberlebenden die Bestellung einer Caution und die Errichtung eines Inventars erlassen, oder geradezu ihm solle denselben Erbschaft. d. Pand. 38. Th. P

denn auch im Ganzen als die allgemeine Meinung unserer Juristen anzusehen, d. h. man nimmt an, es sey an sich *quantio facti*, was dermaleinst zu restituiren, und nach welchem Zeitpunkt das zu restituirende Vermögen zu berechnen sey; es könne dabei auch die Todeszeit des Vorverstorbenen oder die Zeit der Testamentserrichtung als Norm bestimmt seyn⁸⁷⁾. Laute aber die Verfügung so allgemein, wie oben angenommen wurde, so müßten beide Erbmassen als ein Ganzes gedacht und die Bestandtheile dieses Ganzen nach der Todeszeit des Lebenden bestimmt werden, weshalb denn auch der von diesem gemachte neue Erwerb, aus welchem Grunde derselbe sich auch ereigne, dazu gehöre⁸⁸⁾. Darum wird

Verfügungsfreiheit gestatten. Hieran nimmt Haffe besondere Rücksicht. Indessen ist dies überall nicht nöthig, um die im Texte angenommene Voraussetzung für begründet halten zu dürfen.

87) S. Bd. 35 d. Comment. S. 73.

88) S. Haffe a. a. O. S. 274 und Bd. 35 des Comment. S. 74. — In den Gerichten wird freilich nicht selten behauptet, daß in der Regel auf die Todeszeit des Erstverstorbenen gesehen werden müsse; indessen den dafür angeführten Gründen steht man es bald an, daß sie lediglich der Rücksicht auf individuelle Vortheile oder Nachtheile ihre Entstehung verdanken. Wenn z. B. Mann und Frau in einem reciproken Testamente ihre beiderseitigen Intestaterben zu endlichen Erben ihres Nachlasses einsetzen, und der Frau als dem überlebenden Theile bedeutende Erbschaften oder Vermächtnisse anfallen, so werden deren Erben es gewöhnlich für unbillig erklären, daß sie mit den Erben des Mannes den Gesamtnachlaß gleichmäßig theilen sollen. Aber was man von dergleichen Billigkeitsgründen zu halten habe, ergibt sich am

denn auch allgemein — und zwar mit Recht — angenommen, in Fällen dieser Art verstehe sich die Corresponsivität des Testaments ganz von selbst, d. h. die Rücksicht, welche jeder Theil auf die Disposition des Anderen genommen habe, sey hier so überwiegend, daß die Befugung entweder nur so, wie sie ausgesprochen worden, oder gar nicht bestehen könne⁸⁹⁾.

Inwieferne wird es nun aber möglich, daß die Testirer über ihr beiderseitiges Vermögen verfügen können, (also Jeder über das seinige und zugleich über des Andern Vermögen) und welche Wirkung hat eine solche Befugung? Beides wird sehr verschieden beantwortet. CORN. v. BYNKERSHOEF sucht die Sache aus dem Gesichtspunct einer fortgesetzten Gütergemeinschaft zwischen dem Ueberlebenden und den Nacherben des Vorverstorbenen zu erklären. Aus der Fortdauer der Gütergemeinschaft soll denn folgen, daß auch der Erwerb des Ueberlebenden nach wie vor zum Vermögenscomplex gehöre, worauf der

leichtesten, wenn man die Sache umkehrt; z. B. annimmt, daß durch Unglücksfälle, oder Schuld der Frau das Vermögen sich nach dem Tode des Mannes bedeutend vermindert habe. „Cum ambo testarentur, incertum, quis primum moreretur, incertum forte, utri major successioneis spes affulgeret, et propter illam incertitudinem aequius melius visum est, iure reciproconitionis ad usque mortem superstitis omnia iuxta communicatum iri,“ — heißt es bei BYNKERSHOEF l. l. (Quaest. jur. priv. L. III. c. 10), wo sich auch mehrere lehrreiche Rechtsfälle angeführt finden.

89) Vgl. HARPRECHT Diss. de test. corresponsivis S. XXL Nr. 223 sqq. S. L. sqq. Hufse a. a. O. S. 271. Bd. 35 b. Comment. S. 62 ff. Nr. a. u. die das. Note 28 angeführten Schriftsteller.

Nacherbe einen Anspruch habe, zugleich aber, daß der Testator über die Hälfte des Ganzen frei verfügen dürfe; die andere Hälfte verbleibe dagegen den Nach-
 erben, und könne ihnen weder durch Geschäfte unter Lebenden noch auf den Todesfall entzogen werden. Den Einwurf: daß ja eine Societät mit dem Tode eines Genossen aufhöre, sucht er durch die Bemerkung zu beseitigen: dies gelte nur von der römischen societas, nicht aber von der ehelichen Gütergemeinschaft; wie sie sich bei den neueren Völkern finde; den noch wichtigeren Einwurf aber: daß dabei doch allemal eine unter den Testirern Statt findende Gütergemeinschaft vorausgesetzt werde; setzt er ganz kurz ab; indem er sagt: die testamentarische Disposition lasse doch eine andere Deutung einmahl nicht zu, und er sehe nicht ein, weshalb die Testirer gehindert seyn sollten, ein solches Verhältniß zwischen dem Ueberlebenden und den Nacherben zu begründen⁹⁰). Gegen diese Chaotie streiten aber alle möglichen Gründe. Wir wollen ganz unberücksichtigt lassen, daß hierbei immer reciproke Testamente unter Ehegatten vorausgesetzt werden, da sie doch auch unter anderen Individuen vorkommen können, — und nur Folgendes in Erwägung ziehen. Einmahl, das Recht der gesellschaftlichen *communio bonorum praeogata* ist hier überhaupt nicht anwendbar, da es nur auf Kinder geht, deren Eltern mit einander in Gütergemeinschaft gelebt haben⁹¹); wäre aber dies

90) Quaest. jur. priv. L. III. c. 10. (opp. T. II. p. 365 u. 366 b). — Uebrigens scheint auch PUFENDORF obs. jur. priv. T. IV. obs. 53, diese Ansicht zu billigen.

91) S. Eichhorn Einleitung in das deutsche Privatrecht §. 309. Nr. II. Rittermaier Grundsätze des deutschen Privatrechts §. 354.

auch nicht der Fall, so muß man doch entweder den künftigen Erwerb ganz ausschließen, oder sämtlichen Theilnehmern an der Gütergemeinschaft gleiches Recht zugestehen, also nicht, bloß dem Eintretenden ein Recht auf den künftigen Erwerb, das Ueberlebenden geben⁹²⁾. Sonst, man kommt hier auf ein ganz anderes Resultat, als das von Bynkershoek angenommene und von den Testirern offenbar nur gewollt ist. Sodann aber ist es im höchsten Grade willkürlich, auf diese Weise die rechtliche Möglichkeit einer testamentarischen Verfügung über das Vermögen eines Anderen erklären zu wollen. Ist sie überhaupt vorhanden, so bedarf sie einer so gesuchten Grundlage nicht, im entgegengesetzten Falle aber kann eine solche Verfügung dadurch weder begründet noch gerechtfertigt werden, daß die Fortsetzung eines Verhältnisses, gewollt wird, welches entweder nie existirte, oder mit dem Tode von selbst wieder aufhörte! Allerdings kann auch das in Gütergemeinschaft befangene Vermögen Gegenstand testamentarischer Verfügung werden, allein nur so, daß jeder Mitgenosse über seinen ideellen Theil disponirt, worin er durch die Statt findende Gütergemeinschaft nicht beschränkt wird⁹³⁾. Und selbst ein wech-

92) Die Ansichten der Germanisten sind hierüber freilich eben so verschieden (m. vgl. Eichhorn a. a. O. §. 309 a. E. Mittermaier S. 354. Nr. III. u. VIII. Maurenbrecher Lehrb. des d. Privatr. §. 496. Nr. 1. 3—5), als die Bestimmungen der Particularrechte. Allein im Zweifel muß man sich hier an das halten, was die Consequenz mit sich bringt, nicht aber darf man die Bestimmung dieses oder jenes particularen Rechts für gemeines Recht ausgeben, wie dies freilich häufig genug geschieht.

93) So bestimmt es das römische Recht (f. L. 1 C. qui test. fac. VI. 22; wofelbst der Kaiser Gorian rescribirt:

felseitiges Testament von Ehegatten, die in Gütergemeinschaft leben, ändert hierin wesentlich nichts. Mag man dabei ideelle Theile annehmen, oder sich die Ehegatten als eine juristische Person denken, — wird über das gemeinschaftliche Vermögen disponirt, so kann hier immer doch nur das Vermögen, welches bei Auflösung der Gütergemeinschaft vorhanden war, Gegenstand der Verfügung seyn, nicht aber auch der künftige Erwerb des Ueberlebenden⁹⁴⁾. Also auch eine unter den Testirern

„Quamquam omnium bonorum socer tuus itemque frater ejus socii iudici, tamen non eo minus idem frater ejus, quum sat munus impleret, testamento suo potuit sibi heredem instituere, quem vellet. Item non idcirco minus is testamentifactionem habet, quod indivisam successionem cum sorore sua dicatur habuisse“); und das Nämliche gilt bei der h. z. L. geltenden ehelichen Gütergemeinschaft. Vgl. Ritterstreyer Grundsätze d. d. Privatr. S. 351. Nr. III. Mannenbrecher Lehrb. S. 493. Note 9. Haffe in der a. Abhandl. S. 492 fg. Nr. 34.

- 94) Vgl. Haffe a. a. O. S. 491 fg. Nr. 33. — Nur beiläufig mag hier die Frage berührt seyn: ob der überlebende Ehegatte die zum Besten Dritter getroffene Verfügung für seinen Antheil wieder aufheben kann? Haffe betrachtet das beim Tode des einen Ehegatten vorhandene Gesamtvermögen als den Nachlaß einer juristischen Person, und da eine solche testamentarisch verfügt habe, durch den Tod des Einen aber aufgelöst sey, so glaubt er, daß das Ganze dem Nacherben gebühre, — vorausgesetzt nämlich, daß die beim Tode des Vorverstorbenen vorhandene Gesamtmasse auch wirklich als Object der künftigen Restitution in dem Testamente bezeichnet sey. Ich bekenne, mich mit der Idee, daß eine juristische Person als solche testiren und beerbt werden könne, über-

Statt stehende Gütergemeinschaft rechtfertigt solche Verfügungen, wovon hier die Rede ist, nicht, weshalb sich denn Synkershoeef auch genöthigt sah, zu der unglücklichen Hypothese einer durch das Testament prorogirten Gütergemeinschaft seine Zuflucht zu nehmen. In dem Gefühl der Unzulänglichkeit dieser Hypothese giebt er daher selbst zu, daß man die obige Verfügung sich auch als ein auf den beiderseitigen Nachlaß gelegtes Universalfideicommiß denken dürfe, wobei denn der Erbschaftsantritt den Ueberlebenden verpflichte, sich die Disposition bis auf die Hälfte des Gesamtnachlasses gefallen zu lassen⁹⁵). Indessen ist hierin wiederum gar keine Con-

haupt nicht recht befreunden zu können. Besteht man nun aber vollends (wie dies doch auch von Hasse geschieht) jedem der in Gütergemeinschaft lebenden Ehegatten das Recht zu, für sich ein Testament zu errichten, so kann auch ein wechselseitiges Testament derselben nur die gewöhnlichen Wirkungen äussern. Folglich ist die Entscheidung der obigen Frage von denselben Grundsätzen abhängig, welche überhaupt für das Verhältniß gelten, dessen Erörterung uns hier beschäftigt. Consequenter erscheint mir daher die Meinung Harprechts (welcher, wie auch Hasse, annimmt, daß die Verfügung des Vorverstorbenen den Ueberlebenden nicht binde, soweit sie dessen eignes Vermögen betrifft), daß der überlebende Ehegatte über den bei Auflösung der Gütergemeinschaft ihm zufallenden Antheil anderweitig verfügen dürfe, in der Dissert. de reciproci testamenti inter conjuges revocatione. Cap. I. §. XIV.

- 95) I. I. in f. „Si autem omnino velis, ejusmodi testamentum incidere in causam fideicommissi — —, nescio, an adhuc res salva sit; sic enim diceres, superatitem ex additione hereditatis primum defuncti, atque adeo ex quasi contractu obligatum esse —

sequenz zu erblicken. Hat die Erbschaftsantrittung die Wirkung, daß der Ueberlebende die Verfügung, auch so weit sie sein eignes Vermögen betrifft, gelten lassen muß, so ist er genöthigt, sie vollständig anzuerkennen; wo nicht, so kann sie ihn auch nur für den Theil binden, welcher aus des Vorverstorbenen Vermögen auf ihn gekommen ist.

In der That drückt man wohl die Absicht der Testator am richtigsten aus, wenn man die Verfügung für ein Universal-Fideicommiß erklärt, womit das beiderseitige Vermögen zum Besten der Nacherben belastet ist; diese Ansicht der Sache läßt sich auch als die gewöhnliche betrachten⁹⁶⁾. Damit ist aber die Frage noch nicht

ad rem communis patrimonii, quod ipse relicturus esset, restituere heredibus conjugis praedefuncti.“

So ungefähr stellen sich auch die Sache vor: HONNEZ Rhapsod. quæst. obs. 659. Nr. 6 fgg. u. a. Quistorp rechtl. Bemerk. Th. II. Nr. XVI.

- 96) Die meisten Schriftsteller, welche unsere Frage behandeln, sprechen die obige Ansicht entweder ausdrücklich aus, oder setzen sie als sich von selbst verstehend voraus. Vgl. Bd. 35 des Comment. S. 68 fgg. Nr. 4. — Nach einer besonders bei französischen und belgischen Schriftstellern sich findenden Meinung, soll das ganze Geschäft als eine mortis causa donatio betrachtet werden. Man könne auch fremdes Gut mit des Eigners Willen mortis causa verschenken, ferner sey es erlaubt, sowohl auf den Tod des Anderen, als auf den eignen des Schenkers eine solche Schenkung zu stellen. Daraus wird denn die Folgerung abgeleitet, daß durch den Tod auch nur des einen Theils das ganze Geschäft ein unwiderrufliches werde, — denn Der, welcher auf den Todesfall des Lebenden sowohl dessen Vermögen, als auch sein eignes gültig verschenkt hat, existirt nicht mehr, kann mithin keinen

beantwortet: welche Wirkung hat eine solche Verfügung, — sind dadurch dem Ueberlebenden die Hände gebunden; oder kann er über sein eigenes Vermögen nach wie vor disponiren? Mit Uebergehung der Mittelmeinungen (zu denen auch die vorhin referirte Bynkershoeke'sche gehört) sollen hier nur die beiden Hauptansichten erwogen werden. Nach der einen behält der Ueberlebende freies Dispositionrecht über sein eigenes Vermögen und muß nur das von dem Vorverstorbenen auf ihn gekommene zurückgeben; nach der zweiten ist er die Verfügung ihrem ganzen Inhalte nach zu erfüllen schuldig, — versteht sich, wenn er durch Erbschaftsantrittung dieselbe anerkannt hat; denn man darf nicht vergessen, daß hier nicht mehr von unbedingter Unwiderruflichkeit reziproker Testamente die Rede ist, sondern nach der oben festgestellten Meinung beim Leben beider Eheleute und bis zum Erbschaftserwerb eine Zurücknahme der eignen Disposition Jedem frei steht. Wenn daher der Ueberlebende anderweitig verfügt, so muß er zwar auch nach der ersten Ansicht alles aus dem Vermögen des Vorverstorbenen Erhaltene mit den Früchten restituiren, wie wenn er dessen Erbe nie geworden wäre; im Uebrigen besteht aber seine Verfügung als eine vollkommen rechtsgültige, wogegen dieselbe nach der zweiten Meinung überall nicht gelten kann.

Als Vertheidiger der ersten Meinung mögen hier hauptsächlich Harprecht ⁹⁷⁾ und Haffe ⁹⁸⁾ genannt

Widerruf. ausüben. — Hierüber s. Haffe's angef. Abh. S. 494 fgg. Nr. 36 — 40.

(97) Diss. de testamentis correlative §. XXXI sqq. u. Diss. de reciproci inter conjuges testamenti revocatione Cap. I. §. XI.

seyn⁹⁸⁾). Gründe für diese Meinung sind besonders; daß Niemand für einen Andern ein Testament machen, noch sich selbst durch Testament in Ansehung künftiger Dispositionen die Hände binden könne¹⁰⁰⁾. Da nun aber das Testament ein corresponsives ist, so kann es begreiflich auch nicht für denjenigen gelten, welcher seinen früher erklärten Willen nicht mehr bestehen lassen will. Gilt nun aber die das Vermögen des Vorverstorbenen betreffende Verfügung noch zum Besitz der in dem Testamente ernannten Nachherben, oder tritt in Ansehung dieses Vermögens reine Intestatesuccession ein? Letzteres bejahen die beiden vorhin genannten Rechtslehrer; die Corresponsivität habe die Wirkung einer Resolutivbedingung für die Verfügung des Vorverstorbenen, wenn der Ueberlebende seiner Seite das Testament nicht gelten lassen wolle¹⁾. Nur darin weichen Beide von einander ab, daß Hasse die Ungültigkeit des Testaments erst eintreten lassen will, wenn sich beim Tode des Testirenden ein der ersten Verfügung widersprechender letzter Wille findet²⁾, wogegen Harprecht die Auflo-

98) Hasse in der angef. Abhandl. S. 269 fgg. Nr. 25 und S. 490 bis zu Ende der Abhandl.

99) Vgl. auch MÜLLER diss. de testamenti conjugum reciproci mutabilitate §. 17. 18 u. die oben Bd. 35 des Comment. S. 71. Note 47. 48. angef. Schriftsteller.

100) Auf besondere Gründe von Hasse, wodurch er übrigens mehr die entgegengesetzte Ansicht zu widerlegen, als die seinige zu begründen bemüht ist, wird weiter unten noch genauere Rücksicht genommen werden.

1) So ungefähr drückt Hasse sich aus a. a. D. Nr. 25 a. E. S. 271.

2) „Denn ein inzwischen errichtetes Testament kann ja noch wieder aufgehoben, und das alte Testament kann wieder hergestellt werden;“ a. a. D. S. 270.

füßig des Testaments sofort mit dem Augenblick des Widerrufs oder einer anderen letztwilligen Disposition eintreten läßt³⁾), was gewiß consequenter ist, indem das einmal vernichtete Testament nicht hinterher wieder aufleben kann⁴⁾). — Andere sind der Meinung, daß das Testament, soweit es des Vorverstorbenen Vermögen betrifft, zum Vollen der ernannten Nacherben gültig bleibe, da es durch die Erbschaftsantretung schon in Vollkraft getreten sey, folglich hinterher nicht wieder vernichtet werden könne⁵⁾). Dieser Grund würde aber mehr beweisen, als daraus bewiesen werden soll, indem nicht abgesehen ist, weshalb alsdann das Testament nur zum Theil seine Wirkung behalten; aus der Correspectivität der beiderseitigen Verfügungen folgt mit Nothwendigkeit, daß sie entweder neben einander bestehen, oder beide wegfallen müssen. Ausserdem aber würde hier in den meisten Fällen ein Resultat zum Vorschein kommen, welches gewiß nicht mit den Absichten des Vorverstorbenen übereinstimmt. Gewöhnlich werden nämlich die nächsten Freunde oder Verwandte beider Testirer zu Nacherben ernannt; der Mann würde schwerlich die Verwandten der

3) HARPRECHT diss. cit. §. 38.

4) Zwar giebt es Fälle, in welchen ein ungültig gewordenes Testament wieder hergestellt wird; allein diese setzen ja immer voraus, daß der Urheber des Testaments noch am Leben ist (s. z. B. L. 11. §. 2 D. de Bon. poss. sec. tab. XXXVII. 11. L. 12. §. 1 D. h. t.), wogegen hier der eine Urheber desselben schon gar nicht mehr existirte, als der Widerruf erfolgte.

5) G. MAYRUS comment. ad jus Lub. ad Lib. II. Tit. 1. Art. 10. Nr. 34 sqq. und in den decisiones P. IX. dec. 148.

Frau berücksichtigt haben; wenn diese nicht auch die selbigen berücksichtigte, und umgekehrt. Sollte nun die nach des Mannes Tode erfolgende Willensänderung der Frau die Wirkung haben, daß mit Ausschluß ihrer die stammlichen Nacherben, also auch ihre Verwandte des Mannes Vermögen erhielten, so würde dies der Absicht des Vorverstorbenen sicher nicht entsprechen; indem nicht anzunehmen ist, daß dieser den Seinigen Nacherben entziehen und fremden Personen zuwenden wollte; sondern vielmehr, daß er im Vertrauen auf die Verwirklichung der zum Besten seiner Verwandten von der Frau gemachten Verfügung, so gehandelt habe. Dieser ähnliche Grund wird bisweilen auch der ersten Meinung entgegengesetzt werden können. Denn nicht immer sind es die nächsten Intestaterben, welche man in wechselseitigen Testamenten berücksichtigt. Wo dies nun nicht geschehen ist, würde in Folge der von dem Ueberlebenden geschehenen Aufrechnung die Intestaterbfolge offenbar ganz gegen den Willen des Vorverstorbenen eintreten. Die Erwägung dieser Gründe hat denn noch eine dritte, soviel ich weiß aber sehr isolirt dastehende Meinung veranlaßt. Hiernach sollen nämlich die Verwandte oder Freunde des Vorverstorbenen dessen ganzes Vermögen erhalten, der Ueberlebende und dessen Verwandte aber leer ausgehen⁶⁾. Vorausgesetzt aber, daß, wie hier angenommen wird, die Nacherben in das gesammte beiderseitige Vermögen eingesetzt sind, wüßte ich in der That nicht, wie sich diese Meinung juristisch rechtfertigen ließe. Denn daß man sagt:

6) Griesinger im Commentar zum Würtemb. Landrecht Th. III. Tit. VII. Bd. V. s. 56. S. 203 fgg., wo diese Ansicht mit eben so großer Selbstgefälligkeit als ermüdender Breite entwickelt ist.

der Vorverstorbene habe die eignen Verwandten unabhängig, die fremden unter der Bedingung eingesetzt, daß der andere Theil es bei der Disposition lassen werde⁷⁾, ist doch gar zu willkürlich; eine aus vermuthlichen Beweggründen hergeleitete Schlußfolgerung kann unmöglich einer wahren Bedingung gleich geachtet werden. Auch liegt in dieser, wie in der zweiten Meinung etwas, was sich mit juristischen Grundsätzen nicht wohl verträgt. Das Testament soll ein correspectives seyn, und dennoch theilweise bestehen bleiben⁸⁾; ferner, nach dem Testamente sollen die Substituten erst nach dem Tode des Ueberlebenden eintreten, nach diesen Meinungen aber muß man entweder ihr Recht schon früher wirksam werden lassen, oder dem Ueberlebenden das Recht zugestehen, den Besitz und Genuß des Ganzen bis zu seinem Tode zu behalten, so daß mithin hinsichtlich seiner das Testament volle Wirksamkeit hätte, und nur seine Verwandten oder Freunde ausgeschlossen werden würden.

Wenden wir uns nunmehr zu der zweiten Hauptansicht, wonach die Erbschaftserwerbung von Seiten des

7) Griesinger a. a. D. S. 208.

8) Griesinger a. a. D. S. 209 fgg. S. 57, meint, wenn der überlebende Gatte nach dem Tode des andern Gatten die zum Vortheile der Verwandten des Verstorbenen gemachte Anordnung nicht ganz, sondern nur zum Theil aufhebe, so sey das Testament des Verstorbenen immer auch nur nach demselben Verhältnisse für aufgehoben und widerrufen anzunehmen, was er ausführlich durch Beispiele zu belegen bemüht ist. Diese Consequenz aber beweist wohl am besten, zu welchen Verwirrungen seine Theorie nothwendig führen muß, und schon darum wäre sie immer nicht zu begünstigen, wenn sie auch nicht auf völlig unrichtigen Grundsätzen beruhete.

Ueberlebenden alle weitere Verfügung anschließt. Sie ist bereits an einer andern Stelle dieses Commentars vorgetragen⁹⁾: Jeder der Testirer hat hier zugleich über das Vermögen des Andern verfügt. Dies ist schon gemeinrechtlich erlaubt¹⁰⁾ und wird durch Erbschaftsantrittung, welche bekanntlich eine obligatio quasi ex contractu begründet, unwiderruflich wirksam. Nunmehr ist, dem Sinne der Disposition gemäß, das beiderseitige Vermögen als ein einziges, und zwar dem Fideicommissrecht unabänderlich unterworfenem anzusehen. — Diese Ansicht hat besonders unter den Neueren den meisten Beifall gefunden und ist auch in die Praxis einzelner Länder¹¹⁾, sowie in neuere Particular-Gesetzgebungen übergegangen¹²⁾. Dagegen sucht nun aber Haffe¹³⁾ inson-

9) S. Bd. 35 des Comment. S. 69 fg. u. die Note 42 angef. Schriftsteller, denen noch beizufügen ist: Chr. Gottl. BIENER Quaest. C. 44. 45., in Ej. opuscul. ed. Fr. Aug. BIENER Vol. II. Nr. XL. p. 191 sqq. Auch gehört zu der hieselbst angeführten Canningerschen Decis. 43. noch die folgende vier und vierzigste Decision, wobei aber nicht zu übersehen ist, daß beide Correferenten der entgegengesetzten Ansicht waren, wenn gleich zum Theil aus Gründen, welche aus der besonderen Beschaffenheit des Falls entlehnt wurden. Uebrigens hat der ebendas. angeführte Mittermayer in der vierten Aufl. der Grundsätze des d. Privatr. seine frühere Meinung geändert, indem er jetzt sich für die Widerruflichkeit der Verfügung auch nach erfolgtem Erbschaftsantritt erklärt; §. 410. Nr. V.

10) L. 25 C. de fideic. (VI. 42).

11) Vgl. Haubold Handb. des Sächs. Privatr. §. 643.

12) Preuss. Landr. Th. II. Tit. 1. §. 492. „Nimmt er (der Ueberlebende) die Erbschaft aus dem Testamente an, so

berheit den Grundsatz des römischen Rechts geltend zu machen: Kein Honorirter kann mit Vermächtnissen belastet werden, wofür er nicht eine Deckung oder Entschädigung in der Erbschaft findet, was darüber hinausgeht ist unwirksam angeordnet¹³⁾; die *hereditatis aditio* aber verpflichtet den Erben nur zur Erfüllung Dessen, was an sich gültig und wirksam im Testamente verfügt ist, nicht aber auch der nichtigen Auflagen¹⁴⁾. Analog unserem Falle sey die im römischen Rechte mehrfach erwähnte testamentarische Auflage an den Erben, daß er Jemandem zum Erben ernenne, oder zum Besten einer gewissen Person nicht testire¹⁵⁾; das gelte immer als eine Auflage seine (des Erben eigne) Erbschaft zu restituiren, und verbinde ihn, dem fideicommissarisch Substituirten so viel zu

kann er auch von seinen eignen Verordnungen nicht wieder abgehen, insofern aus der Fassung oder aus den Umständen erhellet, daß der Erstverstorbene ihr seinen Nachlaß in Rücksicht auf diese Verfügungen zugewandt habe.

— Dies ist auch wohl der Sinn des Hamb. Stadtr. Th. III, Tit. 1, §. 17, worin es heißt: „es dürfe das wechselseitige Testament nicht widerrufen werden, wenn es unmöglich sey, daß das eine ohne das andere vollzogen werden könne.“

13) S. vorzügl. S. 501 fgg. der oft angef. Abhandl.

14) §. 1 J. *de singul. reb. per fideic. relict.* „Hoc solum observandum est, ne plus quisquam rogetur alicui restituere, quam ipse ex testamento ceperit: nam quod amplius est inutiliter relinquitur.“

15) Haffe a. a. D. S. 541 fgg.

16) S. insbesondere L. 114. §. 6 — 8 D. *de leg. I.* L. 70. §. 2. L. 77. §. 24 D. *de legat. II.* L. 17 pr. §. 2. 3. L. 74 D. *ad Set. Trib.* (XXXVI. 1.) — L. 41. §. 3 D. *de vulg. et pup. subst.* (XXVIII. 6).

hinterlassen, als ihn selbst mit Inbegriff sämmtlicher Ausübungen durch die Erbschaft geworden sey, nicht aber zu einem Mehreren. — Dies Alles, so wie, daß die Beschränkungen jenes Prinzips hier nicht passen¹⁷⁾, muß man zugeben. Ohne Zweifel hatte dies Recht aber seinen Grund darin, daß Niemand für einen Anderen testamentarisch verfügen, oder dessen Freiheit zu testiren, unmittelbar oder mittelbar, einschränken dürfe. Gesah dies dennoch, so mußte die Verfügung als eine Disposition über das eigne Vermögen des Testirers erscheinen, widrigenfalls war sie völlig unwirksam, da sie einem Grundsatz des *jus publicum* zuwider lief. Enthielt sie aber keinen Eingriff in die Testirfreiheit des Honorirten, so war sie auch überall keiner Beschränkung unterworfen. So ist es wohl kaum zweifelhaft zu nennen, daß die Auflage, *conditionis implendae causa* etwas zu geben, an jene Schranken nicht gebunden war, sondern der Honorirte sie erfüllen mußte, mochte sie gleich in gar keinem Verhältnisse zu der testamentarischen Zuerkennung stehen¹⁸⁾. Nun müssen wir freilich nichtsdestoweniger die Regel: Niemand kann mehr belastet als bedacht werden, auch für das heutige Testamentsrecht gelten lassen. Aber da das Prinzip,

17) C. 3. B. L. 70. §. 1 D. de leg. II. L. 24. §. 12 D. de fideic. libertat. (XL. 12), u. vgl. Haffse a. a. D. C. 507.

18) Wenigstens wird in keiner der Stellen, welche von dem *conditionis implendae causa* dare handeln, die Einschränkung angeführt, daß es nicht mehr betragen dürfe, als der Honorirte durch das Testament erhalte. Auch lag hierin eben so wenig, wie in den (Note 17 erwähnten) Fällen, wonach Jemand, der ein Vermächtniß annimmt, durch die testamentarische Auflage verbunden wird, eine Sache von höherem Werthe dafür weggugeben, eine Beschränkung der Freiheit zu testiren.

woraus sie geschlossen ist, nicht mehr bei uns gilt, so darf sie auch nicht mit der Strenge zur Anwendung gebracht werden, wie bei den Römern. Es leidet, wie wir gesehen haben, die Freiheit zu testiren direct eine Beschränkung durch Verträge, und indirect durch das, was diesen gleich gilt, so dadurch, daß beide Theile dem wechselseitigen Testamente die Derogatorclausel beifügen (s. oben Nr. II. und S. 221). Ähnliche Wirkungen darf man denn auch dem correspectiven Testamente zugestehen, wenn es durch Erbschaftsantretung von Seiten des Lebenden bestätigt ist, ja man muß dies, will man anders den Begriff eines solchen Testaments in der Anwendung nicht geradezu wieder aufheben. Mit diesem Begriff haben wir auch zwei erhebliche Abweichungen von dem römischen Testamentsrecht anerkannt. Die eine besteht in der rechtlichen Möglichkeit, daß jeder Testirer über das Vermögen des Anderen verfügen kann, auch ohne Rücksicht darauf, was und wieviel er diesem zuwendet. Zwar kann die Wirksamkeit dieser Verfügung dadurch vereitelt werden, daß der Ueberlebende nicht Erbe des Vorverstorbenen wird; allein nach röm. Rechte würde eine solche Verfügung an sich ungiltig (inutile) seyn (s. Note 14); nach den jetzt anerkannten Rechtsgrundsätzen ist sie dies aber nicht. Eine andere Abweichung ist, daß beide Dispositionen nur mit und neben einander bestehen können. Was nun mit Consequenz aus diesem den Römern unbekannten Begriff abgeleitet werden kann, das muß auch für giltig gehalten werden, wenn es gleich zu Resultaten führt, die das röm. Recht verwirft.

Wenden wir dies hier an, so kann es wohl kaum zweifelhaft seyn, daß die zweite Ansicht die meiste Billigung verdient. Der einseitige Widerruf eines correspect-

Glücks Erläut. d. Pand. 38. Th. D

tiven Testaments bringt allerdings die Sache in die Lage, als wenn das Testament nie vorhanden gewesen wäre. Allein es muß dies doch nach juristischen Grundsätzen noch möglich seyn; das aber ist nicht der Fall, wenn einmal ein Erbe aus dem Testament existirt. Es ist hier nicht die Rede von der Möglichkeit, die Folgen der Erbschaftsantretung durch Restitution, also außerordentlicher Ursachen wegen, wieder aufzuheben, sondern nur von dem, was das Recht regelmäßig mit sich bringt. Hiernach aber kann ein Erbe durch seine Willkühr die rechtliche Wirkung eines Erbschaftserwerbs nicht vernichten und Hassé, welcher doch den gewöhnlichen Begriff der correspondirenden Testamente kennt und billigt, geräth offenbar mit seinen eignen Grundsätzen in Widerspruch, wenn er hier Alles nach dem röm. Recht bestimmt wissen will, dennoch aber eine Vernichtung des Testaments in Folge des einseitigen Widerrufs dessen, welcher bereits Erbe geworden ist, eintreten läßt. Vielmehr muß der Ueberlebende das Testament seinem ganzen Inhalte nach anerkennen und erfüllen, er kann mithin auch die sein eignes Vermögen betreffende Disposition nicht widerrufen, indem die Wirkungen der correspondirenden Testamente nicht nach den Grundsätzen eines Rechts bestimmt werden können, das dergleichen Testamente durchaus nicht kennt.

So sind wir denn, wenn gleich auf einem etwas andern Wege, zu dem früher bereits in diesem Commentar vertheidigten Resultate gelangt, dessen Anwendung alle Verwicklungen und Unbestimmtheiten von selbst beseitigt, welche die erste Ansicht nothwendig herbeiführen muß. Nur in einem Puncte bedarf dies Resultat noch einer näheren Bestimmung und Berichtigung. Nach der Art nämlich, wie Glück sich hierüber äußert, muß man

annehmen, seine Meinung sey gewesen, daß dem Ueberlebenden auch die Verfügung unter Lebenden über sein Vermögen entzogen sey, und er dasselbe der Substanz nach ungeschmälert den Nacherben überliefern müsse; auch beruft er sich auf Hasse, welcher gezeigt habe, daß die Grundsätze von dem fideicommissum ejus, quod superfuturum est, hier überall keine Anwendung leiden könnten¹⁹⁾. Indessen ist, wie gerade auch Hasse sehr richtig bemerkt, im Zweifel nicht anzunehmen, daß die Testirer einander in der Dispositionsbefugniß unter Lebenden habe beschränken wollen²⁰⁾. Wird diese ja doch auch selbst durch Erbvertrag nicht ausgeschlossen. Es ist vielmehr auch hier Alles auf *quaestio voluntatis* zu stellen. In der Regel würde ich annehmen, daß der überlebende Theil über sein eignes Gut unter Lebenden frei verfügen dürfe, soferne er dadurch nicht in fraudem fideicommissi handelt; wie weit ihm ein Verfügungsrecht über das Vermögen des Vorverstorbenen zustehe, hängt von dem Inhalte des Testaments ab. Das Recht des Abzugs der Trebellianischen Quart kann ihm im Zweifel nicht entzogen seyn, außer daß er auch hierüber nicht mortis causa verfügen darf. Umgekehrt kann ihm die unbegrenzteste Dispositionsbefugniß eingeräumt seyn. Lautet die Verfügung auf Restitution des beim Tode des Testierenden vorhandenen Vermögens, so würde mindestens ein Viertel des von dem Vorverstorbenen erhaltenen Vermögens den Nacherben hinterlassen werden müssen, und darum wird denn auch der Ueberlebende zur Cautionsleistung angehalten werden können, wenn ihm diese nicht ausdrück-

19) Bd. 35 des Comment. S. 69 fg. u. S. 74.

20) Hasse a. a. D. S. 267 fgg.

lich erlassen ist²¹⁾. Diese Trennung des beiderseitigen Vermögens steht auch mit dem vorhin deduzirten Resultat in keinem Widerspruch. Der Ueberlebende darf das Recht auf seinen Nachlaß dem Substituten nicht entziehen und insofern bildet dieser Nachlaß mit dem des Erstverstorbenen ein ideelles Ganzes. Daß aber in anderer Beziehung beide Vermögensmassen als getrennte betrachtet werden, ist nicht nur damit sehr wohl zu vereinbaren, sondern es entspricht dies auch der wahrscheinlichen Absicht der Disponenten und der juristischen Consequenz. Im Zweifel ist nie anzunehmen, daß Jemand sich der Dispositionsfreiheit über das Seine völlig begeben wolle, am wenigsten in einem Falle, wo doch nur der künftige Nachlaß als eigentliches Object der Verfügung angesehen werden darf.

Es kann aber überhaupt nicht genug eingeschärft werden, daß man bei Beurtheilung der einzelnen Fälle vor allen Dingen die Disposition und ihren besonderen Inhalt zu berücksichtigen habe; das Generalisiren der Normen und Begriffe erscheint nirgends so nachtheilig, als bei Beurtheilung von Privatdispositionen, wo so unendlich viele Verschiedenheiten vorkommen, wie bei den wechselseitigen Testamenten. Alles bisher Gesagte gilt nämlich nur von den eigentlichen correspectiven Testamenten. Man nehme aber z. B. an, daß ein reciprokes Testament zwischen A. und B. errichtet wird, und A. seine nächsten Verwandten dem B., dieser die seinigen dem A. fideicommissarisch substituirt. Dies wird man unmöglich für eine correlative Verfügung halten dürfen, indem es dem Zuerststerbenden ganz gleichgiltig seyn kann, ob der Ueberlebende es bei dieser Verfügung be-

21) Nov. 108. Cap. 1.

wenden läßt, oder nicht. Die Disposition des Ersten muß allemal ausgeführt werden; der Ueberlebende erscheint wie ein gewöhnlicher Fiduciärerbe, welcher nach Maßgabe der näheren Bestimmungen des Testaments, das auf ihn vererbte Vermögen aufbewahren und den Geben des A. restituiren muß. Seine eigene fideicommissarische Verfügung ist nun aber von selbst erloschen, da die notwendige Voraussetzung ihrer Wirksamkeit, nämlich daß der A. ihn überleben werde, nicht eingetreten ist. Wäre übrigens die Substitution direct gestellt, so würde sie natürlich durch den Tod des ersten Erben nicht aufgehoben, wohl aber hängt es von der Willkür des Ueberlebenden ab, ob er sie bestehen lassen will²²⁾.

Es begründet aber auch der correlative Inhalt mehrerer Testamente an sich noch keine Correlativität im rechtlichen Sinne, sondern wie oben (Note 74) bereits bemerkt wurde, durch die äussere Verbindung wird es überhaupt erst möglich, beide Testamente in Ansehung rechtlicher Wirkungen als ein Geschäft zu betrachten. Ob die Testirer sich gemeinschaftlich erklären, oder, wie meistens geschieht, ein Jeder besonders, ist zwar gleichgiltig; juristisch unmöglich ist es aber, daß zwei äusserlich gesonderte letztwillige Verfügungen durch eine Einheit rechtlicher Wirkungen verbunden seyn können. Ob auch Beide in Gemätsheit vorausgegangener Vereinbarung und in dem gegenseitigen Vertrauen, daß Keiner die Verfügung ändern werde, einander eingesetzt und die beiderseitigen

22) Nur für den letzteren Fall ist die Bestimmung bei Maelbey richtig, daß der Ueberlebende seine Disposition immer noch abändern könne (Lehrbuch S. 650. Nr. 1. a.), sonst ist dessen Verfügung als testamentum destitutum von selbst erloschen. Vgl. hierüber unten Note 29.

Verwandten substituirt hätten: darum bleiben nichtsdestoweniger die Testamente zwei verschiedene letzte Willensordnungen, die jeder Testator zu jeder Zeit einseitig wieder aufrufen kann. Wenn zwei aus gegenseitiger Zuneigung einander zu Erben einsetzen, so glaubt gewiß Jeder, daß er bei seinem Willen beharren werde und setzt auch eine gleiche Gesinnung bei dem anderen Theile voraus; hierin liegt durchaus nichts Unerlaubtes²³⁾, nur giebt es Niemandem ein Recht zu einer juristischen Beschwerde, wenn er sich in seinen Erwartungen täuschte²⁴⁾. Will man weder einen eigentlichen Erbvertrag eingehen, noch ein gemeinschaftliches Testament errichten, so bleibt nur übrig, daß man in Beziehung auf die beiden Testamente besondere *pacta de non mutandis* schliesse, um die Unverbrüchlichkeit derselben zu sichern. — Indessen ist der Begriff von abge sondert errichteten correspectiven Testamenten, wie so mancher andere unhaltbare Doctrinalbegriff, nicht nur in Particularrechte übergegangen, sondern bisweilen auch in rechtlichen Erkenntnissen als ein gemeinrechtlicher angenommen²⁵⁾, was aber gewiß nicht gut geheissen werden darf (S. oben die Note 74).

Ist dagegen das Testament ausser Zweifel ein correspectives, so darf auch der Ueberlebende, welcher einmal Erbe geworden ist, sich keine Aenderung der gemeinschaftlichen Verfügung gestatten; ob dieselbe seine Verwandte betrifft, oder die des Vorverstorbenen, ist hier gleichgiltig, indem darin allemal ein willkürlicher Eingriff in die bestimmt erklärte und nunmehr als unver-

23) L. 70 D. *de hered. instit.*

24) Vgl. Haffe angef. Abhandl. S. 272 fg.

25) C. G. BIENER Quaestion. cap. 40, in opuscul. ab F. A. BIENER edit. Vol. II. p. 184 in f.

brüchlich feststehende Willensäußerung des anderen Theils liegen würde. (S. oben den Text zu Note 7. S. 137). In einem Falle, wo die überlebende Ehefrau zu Gunsten eines ihrer Verwandten und eines Verwandten ihres Mannes ein neues Testament errichtete, ihre eignen in dem correspondirenden Testamente ebenfalls substituirt Brüder aber bloß mit einem Legat bedachte, entschied das Oberappellationsgericht in Cassel für die Gültigkeit dieser Verfügung²⁶⁾. Diese Entscheidung, welche eigentlich auf dem oben widerlegten Griesingerschen Prinzip beruht (s. oben den Text zu Note 7. S. 237), ist aber schwerlich zu billigen, und steht auch mit einer anderen desselben Tribunals im Widerspruch, worin der Grundsatz allgemein angenommen ist, daß die Erbschaftsantretung den Ueberlebenden verpflichte, das Testament seinem ganzen Inhalte nach anzuerkennen und zu erfüllen²⁷⁾.

Betrachten wir jetzt kürzlich noch die übrigen Fälle. — Wenn dem Ueberlebenden ein eigentlicher Miterbe gegeben wird, so tritt Jener entweder die Erbschaft an, oder er schlägt sie aus. Im ersten Fall besteht seine Verbindlichkeit, die sein eignes Vermögen betreffenden Dispositionen des Testaments anzuerkennen, unverändert. In dem zweiten könnte man glauben, daß wegen Corresponsivität des Testaments auch allemal das Recht des Miterben aufgehoben werde. Indessen ist es mit juristischen Grundsätzen an sich auch wohl zu vereinigen, wenn man annimmt, daß bloß der auf den Ueberlebenden und dessen Substitution sich beziehende Theil des Testaments weg falle — also die Erbschaft des Vorverstorbenen *jure*

26) *de* CANNOIESSER decision. Summi Tribunal. Hasso-Cassel. T. I. Dec. 44.

27) *de* CANNOIESSER l. l. Dec. 43. (Vgl. oben Note 83).

acrescendi vollständig an den Miterben komme, welcher alsdann natürlich die testamentarischen Auflagen erfüllen muß, die lediglich auf dem Vermögen des Vorverstorbenen lasten. Denn durch die Ernennung von Miterben wird ja immer für den Fall, daß der eine oder andere nicht Erbe werden würde, die Intestaterbfolge im Voraus ausgeschlossen, folglich tritt hier der Miterbe nur an die Stelle des gesetzlichen Erben. Freilich aber würde man zu weit gehen, wollte man dies ganz unbedingt zur Anwendung bringen. Es muß stets der Inhalt der Disposition entscheiden, ob sich dies Resultat mit der Absicht der Disponenten vereinigen läßt, oder ob nicht auch das Recht des Miterben mit der Correspectivität des Testaments so genau verbunden ist, daß es ohne die Giltigkeit beider Verfügungen nicht bestehen kann; so namentlich in dem Fall, wenn beide Testirer einen und denselben Miterben ernennen und die Substitutionen gemeinschaftlich auf diesen und den Ueberlebenden beziehen. Hier kann die Verfügung entweder nur vollständig oder gar nicht bestehen, da eine Trennung der Vermögensmassen mit einer Ausführung des Testaments unvereinbarlich ist; daher hängt denn freilich das Recht des Miterben ebenfalls davon ab, daß auch der Ueberlebende Erbe werde.

Bei Vermächtnißbestimmungen kommt es zuvörderst darauf an, ob sie gemeinschaftlich angeordnet sind und die beiderseitigen Vermögensmassen belasten, oder ob sie besonders von jedem Testirer und in Beziehung auf das von ihm herrührende Vermögen errichtet sind. In jenem Falle ist Alles nothwendig wieder nach denselben Grundsätzen zu bestimmen, welche für Universalsubstitutionen gelten²⁸⁾. In diesem Falle wird in Ansehung der Vermächtnisse jede

Verfügung als eine für sich bestehende behandelt. Die des Ueberlebenden ist nun von selbst erloschen, weil der damit Belastete, der Vorverstorbene, überhaupt nicht Erbe geworden ist²⁹⁾; er selbst ist aber zur Entrichtung derselben von dem Vermögen des Verstorbenen verbunden³⁰⁾. Wann die Vermächtnisse wirksam und fällig werden —, ob hierbei auf die Todeszeit des Ersten oder auf die des Ueberlebenden zu sehen sey? ist eine reine quaestio voluntatis, worüber zunächst der Inhalt der Disposition selbst entscheiden muß. Biener will dies von dem Unterschiede abhängen lassen, ob die Testirer in abgesonderten Testamenten oder in dem nämlichen Act verfügten; im letzteren Fall soll regelmäßig angenommen werden, daß ein Recht auf das Vermächtniß erst mit dem Tode des Testirenden wirklich werde³¹⁾. In dem von ihm zur Erläuterung vorgetragenen Rechtsfalle konnte freilich nicht anders entschieden werden, indem ganz ausdrücklich bestimmt war, daß der Ueberlebende nach seinem Tode gewisse Vermächtnisse entrichten sollte. Sonst ist nicht abzusehen, warum nicht hier, wo ja doch die Vermächtnißanordnungen selbst als getrennte gedacht werden, im Zweifel nicht auch die Regel zur Anwendung kommen sollte:

29) BIENER Quaestion. cap. 41; in opuscul. Vol. II. p. 186. (Vgl. oben Bd. 35. S. 68 u. das. Note 41).

30) Ob er durch Ausschlagung der Erbschaft sich der Zahlung der Vermächtnisse entziehen kann, oder nicht, hängt wiederum von dem sonstigen Inhalte des Testaments ab. Ist es seinem wesentlichen Inhalte nach ein correspectives, so darf er es nicht.

31) Interpretationum et Responsorum cap. 31 (opuscul. Vol. II. Nr. 109. p. 402 sqq.).

cedit dies legati ex die mortis testatoris, venit ex die aditae hereditatis³²⁾.

Schließlich bemerke ich noch, daß aus einem reciproken Erbvertrag, worin keine Verfügungen für den Todesfall des Lebtlebenden getroffen sind, dieser ein vollkommen freies Dispositionsrecht, gleichwie aus einem ohne Substitutionen errichteten reciproken Testamente erhalte. Denn wenn man auch annimmt, daß das Recht aus Erbverträgen auf die Erben gehe, so ist ja durch die eingetretene Beerbung der Erbvertrag wirksam geworden, mithin aller Anspruch aus demselben erloschen³³⁾.

§. 1429.

2) Insbesondere a) vom Widerruf eines Testaments, (der s. g. *revocatio verbalis*.)

Der Widerruf eines Testaments nun erfolgt entweder durch ausdrückliche Erklärung oder durch Handlungen, die eben soviel bedeuten, nämlich physische Zerstörung des Testaments, oder Errichtung eines neuen. Die erstere Aufhebungsart nennt man *verbalis revocatio*, die zweite *realis rev.* Von jener ist in diesem §. die Rede. Wir verstehen darunter aber die auf gehörige Art ausgesprochene Willenserklärung, daß das Testament nicht länger gelten solle^{33 a)}.

32) L. 5. §. 1. L. 21 pr. D. *quando dies leg. vel fideic. ced.* (XXXVI. 2).

33) Vgl. C. G. RIENER *quaest. cap. 41.* (In opuscul. Vol. II. p. 186).

33 a) M. s. darüber im Allgemeinen: Jo. Andr. HANNESSEN (Pr. Gebauer) *Diss. de testamenti accedente Decennii Lapsu facta revocatione ad L. 27 C. de testamentis.* Goett. 1736. (Die erste juristische Doctor-Dissertation in Göttingen). *Ejusd. Diss. secunda de testamenti accedente decennii lapsu facta revocatione.* Goett.

Ein Testament wird durch bloßen Widerruf nicht aufgehoben, sondern es ist mindestens nöthig, daß derselbe vor drei Zeugen erklärt werde³⁴⁾. Man ist sehr geneigt, diese Beschränkung der Freiheit, letztwillige Dispositionen wieder aufzuheben, als eine rein willkürliche Satzung anzusehen, zu welcher um so weniger ein Grund vorhanden sey, da man sein Testament ja ganz unbezweifelt durch physische Zerstörung wirksam aufheben könne. Indessen ist hier ein Zusammenhang mit allgemeinen Rechtsgrundsätzen und mit dem früheren Rechte unverkennbar. — Es ist ein ganz allgemeiner Rechtsgrundsatz, daß die Auflösung von Rechtsverhältnissen und Geschäften auf eine ihrer Eingehung entsprechende Art erfolge. „Nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est; ideo verborum obligatio verbis tollitur, nudi consensus obligatio contrario consensu dissolvitur“³⁵⁾; oder wie Gaius noch allgemei-

1737. — *Jo. Guil. MARCKART* interpretationum receptar. jur. civil. lectionum Lib. II. Cap. I. *J. L. B. PÜTTMANN* interpret. et observat. jur. civil. Lib. singular. Cap. XXVII. *Aug. Frid. SCHOTT* comment. ad orationem Pertinacis de testamento posteriore imperfecto prius perfectum haud infirmante, in §. VII. J. quib. mod. test. infirm. (opuscul. Lips. 1770. p. 41 sqq.). — *Pet. GREVE* Diss. de mutatione et revocatione testamenti tam quoad modum, quam quoad effectum. Goett. 1783. (8). — *Pet. Andr. RQDATZ* Diss. de verbali testamentorum revocatione ad Cod. VI. 23. Const. 27. Goett. 1810. — Die neueste u. zunächst nur auf das französische Recht gehende Dissertation über diese Materie ist: *Hyacinth. GARNIER* de testamentor. revocatione. Leod. 1830.

34) L. 27 C. de testament. (VI. 23).

35) L. 35 D. de regul. jur.

ner sagt: „*Omnia, quae jure contrahuntur, contrario jure pereunt*“³⁶⁾. In der ersten Stelle wird die Regel geradezu auf Vertragsrechte angewandt, und sehr möglich ist es, daß auch die zweite, welche wir jetzt nur außer ihrem ursprünglichen Zusammenhange kennen, nicht in Beziehung auf Testamente ausgesprochen wurde³⁷⁾. Auch darf sie natürlich nicht so verstanden werden, als ob das Aufhören eines Rechtsverhältnisses stets durch eine dem Entstehungsact entgegengesetzte Handlung bedingt sey; denn obligatorische Verhältnisse hören meistens durch Erfüllung auf und Eigenthum und andere Rechte werden in unzähligen Fällen durch Ereignisse vernichtet, welche mit dem Erwerbsact nicht die geringste Verwandtschaft haben. Daß aber unsere Regel, in der Bedeutung, welche sie überhaupt haben kann, sich nicht auf Vertragsrechte beschränke, beweist schon ihre Anwendung auf Besitz³⁸⁾. Für die Auflösung von Rechtsverhältnissen nun, welche gar nicht erfüllt werden, oder sonst wieder rückgängig gemacht werden sollen, nimmt sie den Character der Nothwendigkeit an, zumal in Beziehung auf förmliche Rechtsgeschäfte; als Beispiel, welches zugleich wieder einen Beweis enthält, daß der Grundsatz auch unabhängig von eigentlichen Vertragsrechten angewandt wurde, mag hier nur die Remancipation als Auflösungsact der mit *Fidu-*

36) L. 100 D. *de regul. jur.*

37) E. Jac. GOTHOFREDUS ad L. 35 D. *de regul. jur.* (in opusc. ed. Trotz p. 848.) und ad L. 100 *eod.* (ibid. p. 1002 sq.), wo er die letztere Stelle mit Rechtsverhältnissen des Personenrechts (*adoptio u. s. w.*) in Verbindung setzt. Indessen ist er weit entfernt, die Möglichkeit einer Anwendung auf Testamente zu läugnen, wie dies von Mardart geschieht a. a. D. §. 4. p. 172.

38) L. 153 D. *de reg. jur.*

cia verbundenen, d. i. unter widerruflicher Rechtsübertragung erfolgten Mancipation genannt seyn³⁹⁾. Also in solchen Fällen mußte die Auflösung durch eine dem Entstehungsact analoge Handlung erfolgen, wo aber diese nach der Natur des Verhältnisses nicht möglich war, wurde die Anwendung eines anderen altfeierlichen Dissolutions-acts durch Fiction vermittelt⁴⁰⁾.

Indessen für Testamente soll, wie Manche glauben, die Regel nicht gegolten haben, weil sich in den älteren Rechtsquellen nicht die mindeste Spur von Solennitäten finde, welche bei der Aufhebung von Testamenten hätten angewandt werden müssen. „*Analogia juris civilis me docet* (sagt Joh. Wilh. Marckart), *praescriptas esse solennitates ad ordinanda testamenta, sed nondum didici, praescriptas esse solennitates observandas illis, qui malunt mori intestati, ut rite et juste bona sua legitimis heredibus proximis relinquerent. Nullibi in jure nostro ad revocanda testamenta injungitur ulla solennitas, sed tantum, ut probatio sit mutatae voluntatis, si testamentum aliquod factum est*“⁴¹⁾. Lassen wir einstweilen die Richtigkeit dieser letzteren Behauptung auf sich beruhen, so darf man allerdings zugeben, daß gegen die bloße, d. h.

39) G. GAJI institution. Comment. I. §. 134. PAULI sent. recept. Lib. II. Tit. 13. BOETHIUS ad Cic. Top. c. 10; verb. „Fiduciam vero accepit, cuicunque res aliqua mancipatur, ut eam mancipanti remancipet“ u. s. w.

40) So namentlich die Aufhebung der Wirkung von res judicata und per damnationem legatum durch imaginaria solutio per aes et libram. GAJI Inst. comment. III. §. 173. 175.

41) MARCKART interpret. L. II. c. I. §. 4. p. 171.

nicht durch Errichtung einer neuen Disposition erfolgende Aufhebung eines Testaments in *calatis comitiis*, oder durch Remancipation, alle Rechtsanalogie streite. Daß es keine Volksgomilien zum Widerruf eines Testaments gegeben habe, wird nicht erst bewiesen werden dürfen, und das Gegentheil ist auch, meines Wissens, noch von Niemandem behauptet. Daß die Aufhebung des Mancipationstestaments (*testamentum per aes a libram*) durch Remancipation des *mancipio accipiens* habe vermittelt werden können, ist allerdings behauptet⁴²⁾. Indessen ist dies nach juristischen Begriffen ganz unmöglich. Nur der Erblasser kann die *familia mancipieren*, welche nach seinem Tode *hereditas* wird⁴³⁾; erst alsdann erhält der *familiae emptor*, oder vielmehr der von ihm repräsentirte Erbe, ein Recht; etwas anderes, als dies nach dem Tode wirksame Recht ist ihm überall nicht mancipirt, er hat also keines, was er dem Erblasser bei dessen Lebzeiten zurückmancipiren könnte. Vielleicht könnte man dabei an eine *imaginary solutio per aes et libram* denken⁴⁴⁾. Doch auch diese Auflösungsart würde hier

42) G. J. G. Dernburg Beitr. zur Gesch. der röm. Testamente S. 98 fg. (Nr. c.), dem auch Glück im Comment. Bd. 34. S. 239 folgt. *Henr. Alb. ZACHARIAE* comment. de fiducia. Gothae 1830. Cap. VIII. p. 51 sq.

43) G. Huschke über die Rechtsregel: *Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest* (Rhein. Mus. Bd. VI. Abh. VIII.) S. 271 — 280 u. S. 294. Bgl. Allg. L. Z. v. 1835. Nr. 61. S. 486 a. G. u. fg.

44) GAIJ Inst. III. §. 173. „Est etiam alia species imaginariae solutionis per aes et libram — — —, veluti si quid eo nomine debeatur, quod per aes a libram gestum est.“ — Bgl. Puchta Lehrb. für Institutionenvorlesungen S. XXXIX fg.

ganz unpassend seyn, da durch die *familiae mancipatio* überall kein obligatorisches Verhältniß begründet wurde, und am wenigsten ein solches, in Folge dessen der künftige Erbe verlangen durfte, daß ihm die Erbschaft auch wirklich zugewendet werde⁴⁵⁾.

45) Dies nimmt auch Dernburg (a. a. O.) an, dessen Vorstellungen über die Form und Wirkungen des ältesten Mancipationstestaments ich freilich nicht theilen kann, wie dies von Glück (Bd. 34 d. Comment. S. 1412 a. S. 237 fgg.) geschehen ist. Der *familiae emtor* soll auch ursprünglich nicht der Erbe gewesen seyn, sondern eine das Successionsrecht nur vermittelnde Person, welche zur Erfüllung der bei der Mancipation ihm gemachten Aufträge nach dem Tode des Erblassers verbindlich war, aber auch schon bei seinen Lebzeiten ein gegenwärtiges und juristisch wirksames Recht an der *universitas bonorum* erhielt, so jedoch, daß dem Erblasser Besitz und das Recht des Widerrufs blieb. Gestützt ist diese Ansicht lediglich darauf, daß Gajus (Inst. II. §. 103) sagt: „*olim familiae emtor, h. e. qui a testatore familiam accipiebat mancipio, heredis locum obtinebat, et ob id ei mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari vellet.*“ Daraus wird nun gefolgert a) die Mancipation sey nicht etwa auf das *universum jus* als einen Inbegriff von Rechten und Verbindlichkeiten, sondern einzig und allein auf das active, in Eigenthumsrechten und deren Zubehör bestehende Vermögen gegangen, sodann b) daß schon beim Leben des Erblassers dem *familiae emtor* ein wirkliches Recht an dem Vermögen zugestanden, dessen Wirkung hauptsächlich dadurch sich geäußert habe, daß der *fam. emtor* nach dem Tode des Mancipanten ein dingliches Recht gegen jeden Dritten gehabt und auch die *pro herede usucapio* wider ihn nicht möglich gewesen sey. — Gab es denn zu der Zeit, wo die Mancipationstestamente in ihrer ursprünglichen

Dies Alles beweist aber noch keineswegs, daß eine Aufhebung des Testaments durch einfachen Widerruf habe

Gestalt im Gange waren, gar keine testamentarischen Erben? — denn nur unter dieser Voraussetzung, für welche es indessen an allen und jeden Quellenzeugnissen eben so sehr, als an inneren Gründen fehlt — könnte man jene Folgerungen allenfalls gelten lassen. — Oder war es nicht etwa die *familia*, welche dem *familiae* emtor zumanzipirt wurde? Hierunter aber darf gewiß nicht bloß die eine Seite des Vermögens, das Recht, getrennt von den Verbindlichkeiten, verstanden werden. — Und dann, wodurch erhielt der Manzipant ein Recht zum Widerruf, da wir nirgends eine Spur davon finden, daß die Testamentsmanzipation mit *fiducia* verbunden worden wäre? (TREKELL de origine atq. progressu testamentifactionis Cap. III. §. 30 p. 135 sq.). Dernburg sagt: weil „das ganze Geschäft nur zum Schein vorgenommen wurde“ (S. 98). Allein alsdann konnte der *fam. emtor* ja überhaupt kein wirkliches Recht erhalten, und dies räumt ihm Dernburg doch ein, da der Manzipant nur den Besitz behalten, der *f. emtor* demselben durch Hinterlist soll schaden können u. dgl. m. — Indessen auch Puchta (Institutionen S. XLIII fgg.) ist in der Hauptsache derselben Meinung zugethan, und auch ihm schließt sich Glück a. a. O. an; der Testirer ernannte überall keine Erben, sondern der *familiae* emtor war loco heredis, oder vertrat die Stelle des Erben, und durch seine Hand gieng die Vertheilung der Erbschaft an diejenigen Personen, denen der Testirer sie zukommen lassen wollte. In der That wäre dies ein höchst seltsames Institut, wofür wir im ganzen röm. Rechte weder Grundsatz noch Namen finden. Ein Testirer, welcher keinen Erben hinterläßt, sondern nur einen Erbrepräsentanten, der aber doch den vom Erblasser Bedachten verpflichtet ist. Und was sind denn diese Bedachten? Erben können auch sie nicht seyn, indem solche ja gar

geschehen können. Es läßt sich vielmehr erweisen, daß — abgesehen von der physischen Zerstörung des Testa-

nicht ernannt sind, also nur Singularsuccessoren. Aber weil kein Erbe da ist, so konnten sie auch nicht als Legatarien oder Fideicommissarien betrachtet werden, wenn es überhaupt diese in jener alten Zeit gegeben hätte! Und wer repräsentirte denn das vermögensrechtliche Gesamtverhältniß? Auf Begründung einer solchen Repräsentation konnte die *familiae emancipatio* doch nur gerichtet seyn. — Ich glaube, daß sich die Aeußerungen von Gajus: „*Familiae emtor — heredis locum obtinebat*“ (II. 203), oder: *loco heredis erat* (II. 205) sehr wohl erklären, ohne dem röm. Recht eine so beispieldose Anomalie aufzubürden. — In den Volkscömicien wurde der Erbe *legis modo*, also befehlswise ernannt, wie dies ja auch in der Folge noch den Character der Erbesetzung bildete. Die ersten eigentlichen Privattestamente wurden durch den Drang der Umstände veranlaßt (Gaj. II. 203). Man wählte hiezu das Mittel, daß man die *familia* durch Anwendung einer bekannten Veräußerungsform, der *Mancipation*, also mündlich einem Freunde übertrug, dem man zugleich vorschrieb, was er Andern von dem Vermögen abzugeben hatte. (Wahrscheinlich kamen so zuerst die durch Testamente vermittelten Singularsuccessionen auf). Erbe im strengen Sinne des Worts war dieser *familiae emtor* nicht, denn der Auftrag war mündlich an ihn gerichtet, man konnte aber einem freien Menschen nicht befehlen Erbe zu seyn. Aber er galt soviel als ein Erbe; er war es der Sache nach wirklich. Datum also sagt Gajus: *heredis locum obtinebat*, oder *loco heredis erat*. Als nun die schriftlichen *Mancipationstestamente* üblich wurden, da konnte man wieder befehlswise Erben ernennen, die *Mancipationsform* erforderte aber den *familiae emtor*, der jetzt natürlich nur ein Scheinrepräsentant des Erben war, oder

ments, wovon weiter unten die Rede seyn wird. — Dazu eine neue Testamentserrichtung nöthig war. Ein directes Zeugniß dafür enthält der §. 7 Inst. *quibus modis infirm. testamenta*, wo es heißt: „Ex eo autem solo non potest infirmari testamentum, quod postea testator id noluit valere.“ Daß damit nun nicht etwa nur gemeint ist, ein früheres Testament könne nicht durch ein späteres unvollständiges aufgehoben werden, wie Manche annehmen, ergiebt sich nicht bloß aus den folgenden Worten: „*usque adeo*, ut, etsi quis testamentum posterius facere coeperit“ u. s. w., sondern hauptsächlich aus der Interpretation des Theophilidis causa bei der Handlung zugezogen wurde. — So hängt, wie mir scheint, Alles sehr gut zusammen, und es ist nicht einmal nöthig, zur Unterstützung dieser Erklärung noch anzuführen, daß Gaius von Einem, welcher ja nicht schon Erbe war (denn ob er dies wurde, hing davon ab, daß das Testament ungeändert blieb und er den Erblasser überlebte), auch nicht sagen konnte: heres erat, sondern etwa nur: man müsse sich ihn hierbei als Erben denken, oder wie Theophilus ihn bezeichnet: Der, welcher künftig Erbe werden soll. Ueberhaupt hat Theophilus hier nicht nur aus Gaius geschöpft, sondern ihn auch ganz richtig interpretirt, wie jetzt ohne Zweifel auch Trebell annehmen würde, welcher dem Theophilus vorwirft, er habe diese Notiz fingirt (TREBELL. de origine atque progressu testamentificationis Cap. III. §. 29. p. 133. 134). — Diese Bemerkung, welche man zugleich als Nachtrag zu dem, was im 34sten Bde. des Comment. über die älteren Testamentformen vorgebracht ist, ansehen mag, soll hier hauptsächlich zur näheren Begründung der Behauptung dienen, daß die Auflösungsformen weder des Eigenthums, noch obligatorischer Verhältnisse auf Testamente anwendbar gewesen seyn.

ius in seiner griechischen Paraphrase der Institutionen, welche nach der Uebersetzung von D. W. Reiz also lautet: „*Quidam testatus — dixit: Nolo illud valere. Ex his tantum verbis testamentum non fit irritum. Legitime enim facta legitime subverti debent.*“⁴⁵) Indirect aber wird unser Satz dadurch erwiesen, daß, wenn von eigentlicher Ruption eines Testaments die Rede ist, immer nur die beiden Gründe *postumi agnatio* und *novum testamentum* genannt werden⁴⁶). Zwar berufen sich die Gegner auf eine Stelle von Ulpian, wo es heißt: „*Si heres institutus non habeat voluntatem, vel quia incisae sunt tabulae, vel quia cancellatae, vel quia alia ratione voluntatem testator mutavit, voluitque intestato decedere, dicendum est, ab intestato rem habituros eos, qui bonorum possessionem acceperunt*“⁴⁷). Versteht man die hier her-

45 a) Auch die L. 36. §. 3 D. *de test. mil.* (XXIX. 1) kann man hier als direkten Beweis gelten lassen. Die Stelle selbst wird weiter unten (gegen den Schluß dieses §) erklärt werden.

46) S. die Stellen bei BRISSONIUS *de V. S. v. rumpere* §. 4. — Brissonius bezieht übrigens den Ausdruck auch auf physische Zerstörung des Testaments, mit Hinweisung auf L. ult. D. *h. t.* worin aber das Wort gar nicht vorkommt. Soviel ich bemerkt habe, wird der Ausdruck *rumpitur testamentum* in den Quellen überhaupt nur in Beziehung auf ein Testament gebraucht, welches nicht äußerlich vernichtet ist. Doch thut es der im Texte enthaltene Ausführung keinen Eintrag, wenn man auch die äußerliche Zerstörung des Testaments unter den Begriff des *rumpere* zieht.

47) L. 1. §. 6 D. *si tab. test. nullae extab.* (XXXVIII. 6). — Auf diese Stelle legen besonders ein großes Gewicht FR. CONNANUS in *comment. jur. civ.* Lib. IX. Cap. VII. Nr. 4 und MARCHANT l. l. §. 3. p. 170.

vorgehobenen Ausdrücke buchstäblich und in ihrer vollen Bedeutung, so sagt der Jurist allerdings: die Intestaterbfolge tritt ein, wenn der Testirer auf irgend eine Art zu erkennen giebt, daß sein Testament nicht weiter gelten solle. Auch ist es nicht möglich, hier an eine Aenderung der letztwilligen Verfügung durch ein neues Testament zu denken, da ausdrücklich gesagt wird, der Testirer habe die Absicht geäußert, ohne Testament zu sterben. Allein bei einer genauen Erwägung aller gegen die Möglichkeit eines einfachen Widerrufs der Testamente sprechenden Gründe wird man nicht geneigt seyn, auf die Aeußerung Ulpian's ein großes Gewicht zu legen. Testamente sind ursprünglich wahre Gesetze, *leges speciales*, wodurch der allgemeinen gesetzlichen Bestimmung über die Erbfolge für besondere Fälle derogirt wird⁴⁸⁾; ein Gesetz kann aber nur durch ein neues Gesetz wieder aufgehoben werden. Freilich änderte sich die Form; allein die Ansicht von der rechtlichen Natur eines Testaments mußte im Wesentlichen die nämliche bleiben, und gewiß deutet hierauf Ulpian auch hin, wenn er an einem andern Orte sagt: „*Lege obvenire hereditatem non improprie quis dixerit et eam, quae ex testamento defertur, quia lege duodecim tabularum testamentariae hereditates confirmantur*“⁴⁹⁾. Das Gesetz bestätigt im Voraus die gültig errichteten Privattestamente, diese haben also

48) Es kommt hier nichts darauf an, ob man glaubt, daß das Volk über Testamente förmlich abgestimmt habe, oder daß nur des Zeugnisses halber vor dem Volke testirt worden sey; immer hatte, was auf die Art vor dem Volke geschah, die Bedeutung einer *Lex*. S. Huschke über die Regel: *Nemo pro parte testatus u. s. w.* im Rhein. Mus. Bd. VI. S. 292.

49) L. 130 D. *de Verb. Sign.*

zunehmend das nämliche Ansehen, wie die in wirklicher Gesetzes-Form, in calatis comitiis, errichteten Testamente^{49a)}, können aber eben um deswillen auch nur durch einen gleichartigen Rechtsact wieder aufgehoben werden^{49b)}. Hätte man sich indeffen die Sache auch nicht gerade auf diese Weise gedacht, so würde dennoch immer die Regel zur Anwendung kommen, daß die Auflösung eines Rechtsgeschäfts, zumal eines förmlichen, in einer der Entstehung desselben entsprechenden Form geschehen müsse; diese aber kann hier nur ein neues Testament seyn. Verbindet man nun hiermit die obigen Argumente und den Umstand, daß von der Möglichkeit des Widerrufs eines Testaments ohne Errichtung eines neuen letzten Willens überhaupt erst in einer Constitution Justinian's (der L. 27 C. de testamentis) die Rede ist, so wird man wohl kaum Bedenken finden können, Ulpian's Aeußerung auf folgende Art zu erklären: der Jurist spricht hier nicht etwa überhaupt von den möglichen Arten, wie Testamente aufgehoben werden, sondern er will nur sagen, daß auch durch physische Zerstörung des Testaments die Intestaterbfolge herbeigeführt werden könne, wobei er denn einige solcher Handlungen, wie dies geschehen kann, namentlich aufführt, und sodann noch ganz allgemein hinzugefügt: „oder wie sonst etwa durch Handlungen die Absicht, ohne Testament sterben zu wollen, an den Tag gelegt werden kann“⁵⁰⁾.

Bei mündlichen Testamenten nun ist physische Zer-

49a) Vgl. Huschke a. a. D. S. 295. 296.

49b) Schott comment. ad orat. D. Pertinacis Cap. II. p. 43 sq.

50) S. Schott comment. cit. Cap. V. p. 60 sq. — Auf ähnliche Art erklärt Hotmann zu der Paraphrase des

nichtung nicht möglich, also die in den Volksscomitten errichteten Testamente konnten überhaupt nicht anders, als durch ein neues Testament aufgehoben werden. Anders verhielt es sich mit den Mancipations-Testamenten, seitdem diese schriftlich errichtet wurden⁵¹⁾. Die Zerstörung derselben machte Realisirung von selbst unmöglich, indem, wenn auch die Zeugen wirklich mit dem Inhalte bekannt waren, der Prätor doch nur aus einem beim Tode des Testirers noch vorhandenen und mit sieben Siegeln verschlossenen Testamente eine *secundum tabulas Bonorum possessio* gab⁵²⁾, folglich, wenn sich ein solches nicht fand, die Intestaterben eine wirkfame *Bonorum possessio* erhielten. Dasselbe trat ein, wenn der Inhalt des

Theophilus tit. quib. mod. test. infirm. §. 6; bei Reib Note t.

- 51) Schriftliche *tabulae testamenti* gehörten ohne Zweifel eine geraume Zeit zum Wesen eines Testaments. Nicht nur der Testamentörthus, wie wir ihn in den Quellen beschrieben finden (*Gaj. II. 104*), deutet darauf hin, sondern auch die technischen Ausdrücke des Edicts: *secundum, contra tabulas B. P.*, ferner die Bestimmungen des Edicts über Eröffnung und Publication der Testamente (§. PAULI rec. sent. Lib. IV. Tit. VI. §. 3 u. den Titel der Digesten: *testamenta quemadm. aperiuntur, inspiciantur, describantur*) sprechen dafür. Unter den Rkaisern kommen wieder die rein mündlichen Testamente auf (vgl. Bd. 34 d. Comment. S. 246 fgg.) und die Prätores geben aus denselben eine *B. P.*, wie aus wirklichen *tabulae testamenti*. L. 8. §. 4 D. *de B. P. sec. tab.* (XXXVII. 11). L. 2 C. *de B. P. sec. tab.* (VI. 11). S. Koch *B. P.* §. 22. S. 239 fgg.

- 52) GAJI Inst. II. §. 119. 147. — L. 1. §. 3 D. *de B. P. sec. tab.* (XXXVII. 11). — Vgl. Bd. 34 d. Comment. S. 268.

Testaments zerstört war⁵³⁾, was freilich, falls dies nach der Solennisirung geschah, nicht wohl bewerkstelligt werden konnte, ohne zugleich die Siegel zu verlegen. Allerdings wurde dabei der Wille des Testirers berücksichtigt; dem Testamentserben, welcher sein Recht aus einem solchen Testament geltend machen wollte, stand die *doli exceptio* entgegen, weil er gegen den offenbaren Willen des Erblassers handelte⁵⁴⁾, weshalb denn aber auch um-

53) L. 1. §. 8 D. *si tab. test. nullae exstab.* (XXXVIII. 6).
S. oben zu Note 47, S. 257.

54) Arg. L. 4. §. 10 D. *de doli mali et met. exc.* (XLIV. 4)
„Sciendum est, si quis quid ex testamento contra voluntatem petat, exceptione eum doli mali repelli aulero; et ideo heres, qui non habet voluntatem, per exceptionem doli mali repellitur.“ S. auch L. 11. §. 2 D. *de B. P. sec. tab.* — Ueber beide Stellen s. die am Schlusse dieses S. folgende Erörterung. Doch darf hier schon bemerkt werden, daß der Schlusssatz dieser Stelle den Auslegern manche Schwierigkeit gemacht hat. Der Jurist spricht von einem Falle, wo der Erblasser das zweite Testament in der Absicht zerstört hatte, damit die Wirkung des ersten wieder aufleben solle. Wenn nun der im ersten eingesetzte Erbe die Erbschaft verlangt, und der Intestaterbe ihm *doli exceptionem* entgegensetzt, so kann der Testamentserbe sich dagegen auf den Willen des Testirers berufen., „Neopotaverit quisquam, nuda voluntate constitui testamentum; non enim de jure testamenti maxime quaeritur, sed de viribus exceptionis, quae in hoc iudicio, quamquam actori opponatur, ex persona tamen ejus, qui opponit, aestimatur.“ D. h. durch die bloße Willensrichtung entsteht freilich kein Testament. Allein hier kommt es nur darauf an, ob die *Exception* gegen den ersten Testamentserben begründet sey; dies aber ist aus dem Rechte des Exipienten, also des Intestat-

gelehrt die *Exceptio* der Intestaterben nicht zugelassen wurde, wenn nicht absichtlich, sondern durch Zufall das Testament oder dessen Inhalt zerstört war, aber, wie sich dies von selbst versteht, das Vorhandenseyn desselben nachgewiesen werden konnte⁵⁵). Weiter aber gieng man nicht. Ein bloßer Widerruf des Testaments blieb unbeachtet, wie wir oben gesehen haben; daraus folgt denn von selbst, daß die später wieder aufgetretenen mündlichen Testamente (s. Note 51) lediglich durch ein neues Testament wieder vernichtet werden konnten.

Inzwischen war das Recht des *Aerariums* oder *Fiscus* immer mehr ausgebildet, Erbschaften und Erbtheile sich zuzueignen, die ein Testamentserbe nicht erhalten konnte. Insbesondere wurde auch in dem Falle das Creptionsrecht des *Fiscus* angenommen, wenn der Testator unfähige Erben in einem zweiten Testamente eingesetzt hatte. Kumpirt wurde dadurch freilich das erste Testament nicht, und eben so wenig konnte hier Intestaterbfolge eintreten. Da aber auch die im ersten Testamente eingesetzten Erben nach dem Willen des Erblassers ausgeschlossen seyn sollten, so behandelte man dies als eine Indignitätserklärung. Hierauf bauete man denn wei-

erben, zu bestimmen. Da nun dieser den Willen des Erblassers nicht für sich hat, so sucht er vergebens den Anspruch des Testamentserben durch *doli exceptio* zu elidiren. — C. A. FABER in error. Pragmaticor. Dec. XXXIX. Err. 7. Nr. 23 sqq. Jos. AVERANII interpr. jur. Lib. I. Cap. XI. Nr. 27. POTHIER Pandectae Justin. T. II. Lib. XXXVII. Tit. XI. Nr. VIII. p. 592. Not. g.

55) L. 1 D. de his, quae in testamento delentur, inducuntur, vel inscribuntur (XXVIII. 4). L. 1. §. 10 u. 11 D. de B. P. sec. tab.

ter fort, und nach einer Entscheidung des A. Marc Aurel galt es schon für eine Indignitätsklärung, wenn der Testirer den Namen des Erben durchstrich. So referirt Papinian in dem sechszehnten Buche seiner Quaestionen: „Quum quidam scripsisset heredes, quos instituere non potuerat, quamvis institutio non valeret, neque superius testamentum ruptum esset, heredibus (sc. priori test. scriptis) tamen ut indignis, qui non habuerunt supremam voluntatem, abstulit jam pridem Senatus hereditatem. *Quod Divus Marcus in ejus persona judicavit, cujus nomen peracto testamento testator induxerat; causam enim ad Praefectos aerarii misit*“⁵⁶⁾.

Dhne Zweifel giengen aber die Anmaßungen des Aerariums und des Fiscus weiter; man suchte ein gleiches Recht auch alsdann geltend zu machen, wenn der Testirer ein zweites aber unvollständiges Testament hinterlassen hatte. Auch hier argumentirte man so: da nach dem Willen des Testirers weder die Intestaterben noch die zuerst Eingesezten etwas erhalten sollen, die im zweiten Testament Bedachten aber nichts erhalten können, so fällt die Erbschaft der öffentlichen Cassa an. Dies veranlaßte denn das vielbesprochene Senatusconsult, welches unter dem Einflusse des milden Kaisers Helvius Pertinax zu Stande kam⁵⁷⁾, und dessen Inhalt in den Justinianischen Institutionen auf folgende Art referirt wird⁵⁸⁾:

56) L. 12 D. de his, quae ut indignis auferuntur (XXXIV. 9).

57) Hauptschriften hierüber sind Chr. Henr. BREUNING Prolusio ad orationem D. Helvii Pertinacis in §. VII. Inst. quib. mod. infirm. test. Lips. 1755, und die oben (Note 33 a) citirte Commentatio von A. F. Schott.

58) §. 7 J. quib. mod. testam. infirm.

„Ex eo autem solo non potest infirmari testamentum, quod postea testator id noluit valere, usque adeo ut, et si quis post factum prius testamentum posterius facere coeperit, et, aut mortalitate praeventus, aut quia eum ejus rei poenituit, non perfecisset, divi Pertinacis oratione cautum est (*sic*), ne alias tabulae priores jure factae irritae fiant, nisi sequentes jure ordinatae et perfectae fuerint.“ Daß hiedurch den Anmassungen des Fiscus entgegengewirkt werden sollte, sagt mit klaren Worten der Biograph des Kaisers, Julius Capitolinus⁵⁹⁾: „Legem⁶⁰⁾ sanxit, ut testamenta priora non prius essent irrita, quam alia perfecta essent, *neve ob hoc fiscus aliquando succederet*.“ Auch ergibt sich aus der folgenden Institutionen-Stelle, daß es hierbei hauptsächlich darauf abgesehen war, den übertriebenen Ausdehnungen und zu Ungerechtigkeiten führenden Anwendungen der kaiserlichen und fisciischen Privilegien Schranken zu setzen. Durch das *princeps legibus solutus est* suchte man auch ungerechte Erwerbungen der Kaiser zu beschönigen, namentlich aus Testamenten, welche nach gemeinrechtlichen Grundsätzen nicht zu Recht bestehen konnten. Dies sollte (wie in dem nämlichen Senatusconsulte bestimmt wurde) nicht mehr Statt finden, und so entstand denn der bekannte Rechtsatz: *princeps litis causa heres institui nequit*⁶¹⁾. — Genug, nur

59) *Jul. CAPITOLINUS* in *vita Pertinacis*. Cap. VII.

60) Daß hierunter das Senatusconsult ober die *oratio D. Pertinacis* verstanden wird, ist außer Zweifel. Mit der Benennung der Rechtsquellen wurde es zu dieser Zeit (im dritten Jahrh. nach Chr.) nicht eben sehr genau mehr genommen, am wenigsten von Nichtjuristen. *SCHOTT comment. laud.* Cap. III. p. 47.

61) §. fin. *J. quib. mod. test. infirm.* — S. unten §. 1438.

ein vollständiges Testament⁶²⁾ sollte auf das frühere einen Einfluß äussern können; fehlte irgend etwas, so wurden die in dem früheren Testamente Eingesezten weder durch die Intestaterben, noch durch den Fiscus ausgeschlossen. Daneben behielten aber die einmal zu Gunsten des Fiscus anerkannten Indignitäts-Fälle ihre volle Geltung. So bedeutete nach wie vor die *inductio nominum* eine Indignitäts-Erklärung, vorausgesetzt, daß nicht die Absicht des Testirers darauf gerichtet war, die Intestaterbfolge eintreten zu lassen, was freilich im Zweifel nicht angenommen werden durfte⁶³⁾.

Also: die s. g. Verbalrevocation eines Testaments konnte nur durch ein neues und zu Recht beständiges Testament erfolgen⁶⁴⁾. Eine neue Art der Ruption aber, und zwar ganz eigenthümlicher Art, führte der K. Honorius ein. Nachdem im Jahr 416 in seinem und seines Mitregenten Theodos II. Namen bestimmt war, daß Zeugnisse ganz unbeachtet bleiben sollten, wonach der Testirer

62) Was unter den *tabulae perfectae* in der Or. D. *Portin.* verstanden werde? ist ebenfalls sehr streitig. S. hierüber den folgenden §. (1430).

63) L. 4 in f. D. *de his quae in test. delentur.* — „Si, ut intestatus moreretur, incidit tabulas, sed hoc approbaverint hi, qui ab intestato venire desiderant, scriptis avocabitur hereditas.“ — Bgl. POTHIER Pand. Justin. Tit. *si tab. test. nullae exstab.* (XXXVIII. 6) Nr. III. Not. c. T. II. p. 628 und Bb. 36 d. Comment. §. 400.

64) S. noch REINH. BACHOV ad Inst. Lit. II. §. 6 (7). Nr. 2. ARR. VINNIUS ad eand. §. Nr. 1. 2. — JAC. VOORDA huctor. Lib. singular. Cap. XXVIII. SCHOTT comment. cit. Cap. V. p. 58 sqq. PET. GRÈVE diss. de revoc. test. §. 9.

zum Besten des Kaisers eine frühere testamentarische Disposition mündlich abgeändert habe⁶⁵⁾, erschien zwei Jahre später folgende Constitution⁶⁶⁾: „*Impp. Honorius A Theodosius Palladio Praef. Praet.* Ne quis post diem mortis scriptis ante decennium testamentis praestetur assensus, nullisque penitus viribus scriptura hujusmodi, tempore antiquata, taxetur, praesertim quum, si voluntas continuata perstiterit, brevis mora sit, recentibus vetustatem innovare temporibus. Vix enim fieri potest, ut⁶⁷⁾ per haec tempora, quae fidei amore contraximus, omnem

65) Es ist die L. 5. Theod. Cod. *de testam. et codicillis* (IV. 4), welche etwas verändert in den Justinianischen Codex als L. 20 C. *de testamentis* (VI. 23) aufgenommen ist. Durch diese Constitution wollten die Kaiser, wie auch früher von Pertinax geschehen war, ihre Uneigennützigkeit an den Tag legen. Uebrigens soll in derselben nicht etwa der mündliche dem schriftlichen Widerruf entgegengesetzt, mithin der Gedanke ausgedrückt werden: daß schriftlich ein bloßer Widerruf, wenigstens zum Besten des Fiscus, erfolgen könne. Das scriptum (oder adscriptum, wie es im Theodosischen Codex heißt) ist hier auf eine förmliche zum Besten des Kaisers gemachte schriftliche Disposition zu beziehen. Hierbei konnte nicht so leicht ein Betrug vorgehen, wogegen man in dieser Zeit wohl ohne Schwierigkeit sieben Zeugen fand, welche geneigt waren, das Daseyn eines mündlichen Testaments zu Gunsten des Kaisers zu bezeugen. *Pet. GREVE diss. de revoc. test. §. 4 in f. p. 17.*

66) L. 6. Th. Cod. *de testamentis et codicillis.* — Hauptschriften darüber sind: der Commentar von *Jac. GOTHOFREDUS* und *Herm. CANNEGIER* *observat. jur. Rom. Lib. I. c. VI.*

67) S. über diesen Satz S. 270 fgg. u. das die Note 76.

testium conscientiam mors conjurata. surripiat, et revera nefas est, ut antiquae deliberationis ordinatio voluntas postrema dicatur“⁶⁸⁾. Der Sinn ist im Allgemeinen klar: ein Testament soll von selbst seine Wirksamkeit verlieren, sobald es zehn Jahre alt geworden ist⁶⁹⁾. Von den Gründen, worauf der Kaiser seine Entscheidung stützt, kommt hauptsächlich der in Betracht, daß nach Ablauf von zehn Jahren vielleicht kein einziger Zeuge mehr vorhanden sey, folglich es an Mitteln fehlen dürfte, das Daseyn und den Inhalt des Testaments gehörig zu constatiren; *fidei amore* bedeutet hier nämlich so viel als: *probationis amore*⁷⁰⁾. Wie aber die Worte: *Vix enim fieri potest* — — — *mors surripiat* sonst zu verstehen seyen? Darüber sind die Ausle-

68) Aus der Subscriptio: Dat. Ravennae folgern die Ausleger, daß Honorius als alleiniger Urheber dieser Constitution anzusehen sey. S. SCHOTT comment. cit. Cap. VIII. p. 79.

69) Die schwerfällige Construction im Eingange ist durch das Einschleichen der Worte *post diem mortis* veranlaßt, die ganz hätten wegbleiben können, indem es sich von selbst versteht, daß erst nach dem Tode des Testirers die Gültigkeit oder Ungültigkeit eines Testaments zur Sprache kommt. Der ganze Eingangssatz ist etwa so wieder zu geben: Niemand soll die Gültigkeit eines über zehn Jahre vor dem Tode des Erblassers errichteten Testaments behaupten, indem eine so veraltete Verfügung hiedurch für unkräftig erklärt wird (*taxetur* ist soviel als: *aestimetur*), zumal da es für den Testirer ein Leichtes ist, wenn er bei seinem Willen wirklich beharrt, seine alte Anordnung später zu wiederholen.

70) S. Jac. GOTHOFREDUS in comment. ad h. l. MARCKART interpr. Lib. II, Cap. I. §. 5. p. 175. CANNÉGIÉ-TER l. l. p. 36.

der nichts weniger als einig. Jac. Gothofredus erklärt dieselben so: es lasse sich kaum denken (wolle der Kaiser sagen), daß nicht innerhalb eines so langen Zeitraums alle Zeugen durch den Tod dahin gerafft seyen und darum habe er diesen Zeitraum als den längsten angenommen (*se tempora haec contraxisse, i. e. coangustasse*), binnen welchem ein Testament seine Kraft behalten solle⁷¹); dabei wird denn vorausgesetzt, daß die Partikel *non* ausgefallen sey, also gelesen werden müsse: *Vix enim fieri potest, ut non per haec tempora u. s. w.*, indem sonst der ganze Satz sinnlos seyn würde. Auch meint er, daß Honorius von der falschen Vorstellung ausgegangen sey, ein Testament verliere seine Wirkung, wenn kein Testamentszeuge mehr vorhanden sey⁷²). Hierin hat er wenig Bestimmung gefunden⁷³), und in der That ist diese Annahme auch ganz unnöthig.

71) Gegen diese Darstellung bemerkt CANNegiETER l. l. „Male Gothofredus tempora, quae contraxisse et arctasse dicitur Honorius, ipsum decennium interpretatur; non enim decennium contraxit, sed spatium, quod olim valebat, testamenti, porrigebaturque usque ad mortem, arctavit in decennium.“ Indessen läuft das wohl in der Sache auf Eins hinaus, ob man sagt: es sey das Decennium als der längste Zeitraum angenommen, oder: es sey die Zeit, welche möglicherweise zwischen der Errichtung des Testaments und dem Tode des Erblassers liegen könne, hinsichtlich der Geltung des Testaments auf ein Decennium beschränkt.

72) „Exinde colligitur, Honorium pro certo posuisse, si testes omnes testamentarii mortui fuerint, testamentum irritari oportere.“

73) G. MARCKART l. l. p. 175 in f. sq. CANNegiETER l. l. p. 37.

Schon früher legte man ein Gewicht darauf, daß Zeugen vorhanden seien, welche die Siegel recognosciren und überhaupt die Testamentshandlung bezeugen könnten, ohne daran gerade die Folge zu knüpfen, daß der Mangel aller Zeugen das Testament wirkungslos mache⁷⁴). Durch die Aussagen der Testamentszeugen wird den Zweifeln und Streitigkeiten am ersten begegnet, welche sonst so leicht entstehen können und auch durch *comparatio literarum* nicht wohl ganz beseitiget werden⁷⁵); darum will denn der Kaiser, daß nach Verlauf der Zeit, binnen welcher wahrscheinlich alle Zeugen bereits mit Tode abgegangen sind, das Testament ungiltig werden soll. — Mehr Beifall hat dagegen der Emendationsvorschlag gefunden⁷⁶); nur Marekart ist der Meinung, daß das Einschreiben eines Non mit den Worten: *quae fidei amore contraximus* unverträglich sey. Der Kaiser wolle nämlich sagen: er habe darum den kurzen Zeitraum eines Decennium angenommen, weil innerhalb dieses doch wohl schwerlich alle Zeugen mit Tode abgegangen seien⁷⁷).

74) L. 3. §. 9 D. de tabul. exhib. (XLIII. 5). — L. 6 D. test. quemadm. aper. (XXIX. 31).

75) Nov. 73. Cap. 7. — Chr. Frid. Glück Diss. de testamenti privati solemn. probatione per septem testes in eo ordinando adhibitos, instit. (Hal. 1777) §. 7, auch in den opusculis Fasc. I. Nr. 8 u. das. besonders p. 73 sqq.

76) Auch WENCK in seiner Ausgabe der fünf ersten Bücher des Theod. Cod. billigt ihn, Note o. pag. 207 sq. — CANNEGIETER schlägt vor das non nicht zwischen ut und per sondern vor omnem einzuschreiben, indem sich das Ausfallen des non leichter erklären lasse, wenn ursprünglich etwa geschrieben worden wäre: *ā* (i. e. non) omnem.

77) MAREKART l. l. p. 177.

Diese Erklärung ist scharfsinnig und erspart die doch immer etwas gewaltsame Kritik, ohne handschriftliche Auctorität eine Verneinungspartikel einzuschieben; dagegen paßt freilich die Gothofredische Interpretation besser zu dem Zusammenhange des Ganzen. Zu welcher Ansicht man sich übrigens auch bekenne, der Hauptgedanke bleibt immer der nämliche: da es nach Ablauf des Decenniums leicht an Beweismitteln fehlen dürfte, so mag Jeder bei Zeiten auf Errichtung eines neuen Testaments bedacht seyn, wenn er nicht Intestaterbfolge eintreten lassen will. Wie aber der Kaiser überhaupt auf diesen Gedanken gekommen sey? darüber hat man sich sehr gewundert, indem es doch nicht üblich ist, daß man lauter alte und abgelebte Leute als Testamentszeugen zuzieht⁷⁸⁾. Gothofredus meint daher, die häufigen Kriege in jener Zeit hätten das Leben so unsicher gemacht, daß man dem Kaiser wohl seine Voraussehung zu Gute halten dürfe⁷⁹⁾. Dagegen nennt er den am Schluß hinzugefügten Grund: es sey nicht recht, daß ein so altes Testament ein letzter Wille genannt werde, eine *ratio Jurisconsulto omnino indigna*, und allerdings dachte Ulpian hierüber anders, indem er sagt: *supremas (Praetor sequitur tabulas), h. e. eas, quae novissime ita factae sunt, ut post eas nullae factae sint; supremas enim hae sunt, non quae sub ipso mortis tempore factae sunt; sed post quas nullae factae sunt, licet hae veteres sint*⁸⁰⁾. Doch giebt er zu, daß des Menschen Sinn veränderlich sey, indem er zugleich an die bekannte Bemerkung des Plinius (über

78) CANEGIETER l. l. p. 36.

79) Eben so WENCK a. a. D. (Note o.) p. 208.

80) L. l. §. 1 D. de B. P. sec. tab.

das Testament des Gannius) erinnert: *Decessit veteri testamento, omisit, quos maxime diligebat, prosequutus est, quibus offensior erat*⁸¹⁾. Und gewiß können leicht solche Umstände eintreten, welche es mehr als wahrscheinlich machen, daß Jemand kurz vor seinem Ableben ganz anders verfügt haben würde, wie vor einer Reihe von Jahren⁸²⁾; ändern könnte er zu jeder Zeit das früher errichtete Testament, aber vielleicht hindern ihn daran gewisse Rücksichten, oder auch wohl Vergesslichkeit. Indessen scheint doch in der That die Fürsorge des Gesetzgebers etwas zu weit getrieben, wenn darum das Testament nach einiger Zeit von selbst seine Wirkung verlieren soll, zumal da der Grund (welchen R. Honorius im Eingange seiner Constitution anführt), daß es ja Jedem freistehe, noch einmal zu testiren, viel eher die Präsumtion rechtfertigt, der Testirer

81) *PLINII epistolae, Lib. V. ep. 5.*

82) „*Fac, sagt CANNEGIETER a. a. O. S. 37, Maevium, natum quatuordecim annorum, fecisse testamentum. Heredem scripsit patrem, matrem, fratres, sorores, aliosve propinquos, legata impertit amicis. Mox ad uxorem, forum, ad honores animum appellit, aliosque atque alios consuetudine vitae, morum similitudine, studiorum in republica gerenda conjunctione, amicos comparat, propinquos novos ex propinquorum nuptiis u. s. w. Rem fecit amplissimam. Moritur Maevius annos natus 60. — Amissi propinqui omnes, qui nominati, ex amicis — vix unus atque alter superstes. Quid, putasne hunc eandem habere voluntatem in senecta, quam habuerat adolescens?*“ Schwierlich. Allein was könnte ihn in dem angenommenen Falle auch wohl abhalten, das früher errichtete Testament aufzuheben oder abzuändern?

sey bei seiner ungeändert gelassenen Disposition beharrt; als die Voraussetzung, daß aus Rücksichten oder Vergesslichkeit die Aenderung unterblieben sey.

Justinian hob nun die Constitution des Honorius wieder auf, ohne gleichwohl das alte Recht ganz wieder herzustellen. Seine desfallsige Verordnung findet sich in dem Constitutionen-Coder als *L. 27 C. de testamentis* (VI. 23) und lautet wie folgt:

„Imp. Justinianus A. Juliano Praef. Praet.

Sauemus, si quis legitimo modo condidit testamentum, et post ejus confectionem decennium profuerit, si quidem nulla innovatio vel contraria voluntas testatoris apparuerit, hoc esse firmum. Quod enim non mutatur, quare stare prohibeatur? quemadmodum enim qui testamentum fecit, et nihil voluit contrarium, in testatus efficiatur? Sin autem in medio tempore contraria testatoris voluntas ostenditur, si quidem perfectissima est secundi testamenti confectio, ipso jure prius tollitur testamentum. Sin autem testator tantummodo dixerit, non voluisse prius stare testamentum, vel aliis verbis utendo contrariam aperuerit voluntatem, et hoc vel per testes idoneos non minus tribus, vel inter acta manifestaverit, et decennium fuerit emensum, tunc irritum est testamentum tam ex contraria voluntate, quam ex cursu temporali. Aliter etenim testamenta mortuorum per decennii transcurssionem evanescere nullo patimur modo, prioribus constitutionibus, quae super hujusmodi testamentis evacuandis latae fuerant, penitus antiquandis. Dat. XV.

Kalend. April. Constantinop. Lampadio et Oreste VV. CC. Cons.“ (530)⁸³⁾.

Nach der gemeinen und, wie ich glaube, auch richtigen Erklärung dieser Stelle, hat der Kaiser hier angeordnet, daß ein Testament weder allein durch den Ablauf von zehn Jahren vernichtet seyn solle, noch allein durch den entgegenstehenden Willen des Testirers, sondern entweder a) nur durch ein neues vollständiges Testament, oder b) durch einen Widerruf vor nicht weniger, als dreien Zeugen oder zu richterlichem Protocoll, in Verbindung mit dem Ablauf von zehn Jahren⁸⁴⁾; (wobei hier noch un-

83) Die Basiliken geben die Stelle sehr kurz und zugleich durchaus verändert wieder: ein Testament soll durch den Ablauf von zehn Jahren nicht aufgehoben werden können, sondern nur durch eine neue vollständige letzte Willensordnung. (T. IV. p. 770 ed. Fabr.) Dadurch ist also das frühere Recht ganz wieder hergestellt. (Denn natürlich darf die Stelle nur von der Aufhebung durch Verbalruption verstanden werden).

84) Diese Ansicht findet sich im Ganzen bei den Glossatoren, wie bei den meisten Schriftstellern der folgenden Zeit, den Theoretikern wie den Practikern, so daß Abweichungen höchst selten sind. Ich will hier nur folgende Schriftsteller aus neuerer Zeit nennen: A. FABER *Error. Pragmaticor. Dec. XXXIX. Err. VI*; A. MERENDA *controv. jur. Lib. III. Cap. 44. 45.* HANSEN *Diss. I. de rev. test. Jac. Voorda Elector. Cap. XXVIII. p. 289.* PÜTFMANN *interpr. et observat. Cap. XXVII. p. 126.* Herm. CANNegieter *obs. jur. Rom. Lib. I. C. V. Schott comment. cit. Cap. IX. p. 83.* Pot. GREVE *diss. cit. §. 10.* RODATZ *de verballi testamentor. revocatione §. 14.* — Ferner: die Institutionencommentarien von Bachov, Binnius und Otto zu §. 7 (6). *Inst. quib. mod. test. infirm. Jo. Voet ad Pand. h. t. §. 1.* Sam. STRYK *in usu mod. ad Pand.*

entschieden gelassen werden soll, ob die zehn Jahre von der Errichtung des Testaments oder von der Zeit des Widerrufs an zu nehmen seien?). Indessen fehlt es auch der Meinung nicht ganz an Anhängern, daß der Ablauf von zehn Jahren überall nicht erforderlich sey, sondern der bloße Widerruf genüge, wenn er nur entweder vor drei Zeugen oder ad acta erklärt sey. Ihr scharfsinnigster Vertheidiger ist Joh. Wilh. Marckart⁸⁵⁾. Seine

h. t. §. 7 und in Cautel. testam. Cap. 24. §. 36. Höpfner im Institutionen-Commentar §. 518. Rot. 6. — Cobann von den Lehrbüchern: Hefffeld in diesem §., Thibaut System des Pandektenrechts Bd. II. §. 979. GÜNTHER princ. jur. Rom. T. II. §. 791. Nr. A. Schweppe das röm. Privatr. in seiner heut. Anwendung, Ausg. von Mejer Bd. V. §. 869. §. 237. Hufeland Lehrb. des Civilr. Bd. II. §. 1299. Mackeldey Lehrb. des heut. röm. Rechts §. 677. Nr. a. von Wenig-Jungenheim System des Civilr. Buch V. §. 107. Meune doctr. Pand. Vol. III. §. 780. Nr. II. Harttisch das Erbrecht nach röm. u. heutigem Rechte §. 419. WARRKÖNIG comment. jur. Rom. noviss. T. III. §. 1036. §. 306. HARTSCHORN jus Rom. privatum sive purum (auch Deutsch bearbeitet unter dem Titel seines röm. Recht nach den Quellen u. Auslegern Wien 1835) §. 734.

85) Interpr. recept. jur. civ. lection Lib. II. Cap. I. §. 6. p. 177 sqq.; mit Berufung auf Zach. HUBER Rer. judicatar. P. I. obs. 66. Etwas schwankend erklärt sich für die Marckart'sche Meinung auch Weber zu Höpfner §. 518. Note 6 a. E. Er beruft sich dafür auch auf L. 4. §. 10 D. de doli mali exc. Allein das „heres, qui non habet voluntatem (testatoris), per exceptionem doli repellitur,“ ist auf bloß wörtlichen Widerruf nicht zu beziehen. S. oben Note 54. §. 263 und die Note 86 der folgenden Centurie.

Gründe sind 1) der Kaiser erklärte am Schlusse der Constitution: er wolle das Gesetz des Honorius ganz und gar (penitus) abgeschafft haben⁸⁶⁾. Dagegen braucht nicht einmal erinnert zu werden, daß darüber, was und wieviel von dem früheren Recht der Gesetzgeber abgeschafft habe, doch immer nicht eine so allgemein gehaltene Erklärung, sondern nur der Inhalt des neuen Gesetzes entscheiden könne. Denn in der That durfte der Kaiser auch sagen: er habe die Bestimmung des Honorius, wonach ein Testament durch den Ablauf eines Decennium von selbst aufhöre zu gelten, vollständig abgeschafft. — 2) Die Anordnung: zu dem Widerruf solle noch der Ablauf von zehn Jahren hinzutreten, würde noch sonderbarer seyn, als das Gesetz des Honorius. Für dieses lasse sich doch Manches anführen, werde aber ein Widerruf überhaupt berücksichtigt, so sey nicht abzusehen, wozu es jetzt noch des Zeitablaufs bedürfe. — Daß die Justinianische Bestimmung allerdings eine höchst seltsame sey, wird auch von Vertheidigern der entgegenstehenden Ansicht nicht verkannt⁸⁷⁾. Offenbar würde Justinian auf

86) Auffallend kann es scheinen, daß der Kaiser am Schlusse von mehreren Constitutionen spricht, welche vom Widerruf der Testamente handelten, und die jetzt nicht mehr gelten sollten. Soviel wir aber wissen, gab es über die Vernichtung eines Testaments durch bloßen Zeitablauf nur die eine Constitution von Honorius. Wahrscheinlich hatte der Kaiser hier die oratio D. Pertinacis und überhaupt alle früher bestehende Vorschriften über die rechtliche Möglichkeit Testamente durch Willensänderung aufzuheben vor Augen. Denn allerdings hob er auch den früheren Grundsatz auf, daß durch bloßen Widerruf ein Testament überall nicht zerstört werden könne.

87) So z. B. von Höpfner a. a. O., welcher ebenfalls der Meinung ist, daß N. Justinian durch seine Neue-

das Decennium überall nicht gekommen seyn, hätte er darüber nicht eine Bestimmung vorgefunden, und es ist schwer zu rechtfertigen, daß er die von Honorius daran geknüpfte Folge aufhob und nichtsdestoweniger den Zeitraum noch berücksichtigte⁸⁸⁾. Indessen kann doch Inconsequenz des Gesetzgebers und Mangel an einer guten ratio legis kein Grund seyn, eine sonst deutliche Gesetzes-Bestimmung einzuschränken oder gar für unanwendbar zu erklären. — 3) Justinian (fährt unser Gegner fort) hob die Verordnung des Honorius aus dem Grunde auf, daß ein bloßer Zeitablauf dem Rechtsbestande der letztwilligen Verfügung nicht nachtheilig werden dürfe, indem nicht abzusehen sey, weshalb nicht nach wie vor gelten solle, was der Testator nicht aufgehoben habe. Hieraus folgert er denn, daß nach der Absicht des Kaisers ein entgegenstehender Wille des Testators unbedingt zu berücksichtigen sey, oder, wie er sich ausdrückt, daß der Kaiser wirklich Folgendes habe sagen wollen: Quod enim mutatur, quare stare jubetur? et quemadmodum, qui testamentum fecit, et illud postea stare noluit, testatus efficietur? Allein, wenn man auch von dem sonstigen Inhalt der Stelle absehen will, so

runge die Sache noch schlechter gemacht habe, wie Honorius.

- 88) Allenfalls liesse sich folgender Grund dafür anführen: der Kaiser wollte die alte Rechtsregel, daß Testamente durch Widerruf nicht vernichtet werden, keineswegs aufheben, sondern nur ausnahmsweise, oder unter großen Beschränkungen, eine Abweichung davon zulassen. Aufgehoben hätte er sie, wenn er simpliciter die Aufrufung vor drei Zeugen oder ad acta gestattet hätte; die hinzugefügte Beschränkung bewirkt aber, daß wohl schwerlich von dem Gesetz ein häufiger Gebrauch gemacht wird.

beruht dieser Schluß doch auf gar unsicherem Grunde; der Kaiser verwirft die Annahme einer stillschweigenden Aufhebung durch bloßen Zeitablauf, weil was ungeändert geblieben sey, auch nicht für aufgehoben gehalten werden könne. Hat er denn dadurch etwas über die Art und Weise bestimmt, wie der entgegenstehende Wille soll ausgesprochen werden dürfen? Gewiß nicht. Wohl aber hat der Kaiser ausdrücklich festgesetzt, daß nicht ein bloßer Widerruf genüge, sondern die Aufhebung des Testaments entweder nur durch ein neues vollständiges Testament, oder durch eine gerichtliche oder vor drei Zeugen erfolgte Erklärung in Verbindung mit dem Ablauf von zehn Jahren geschehen könne. Dagegen bemerkt aber *Marktart* 4), der Kaiser halte zwar den Ablauf von zehn Jahren nicht genügend, sondern er fordere ausserdem noch den förmlichen Widerruf, daraus folge aber nicht, daß er ausser dem Widerruf auch noch das Decennium für nöthig erachte. „*Praesumptionem sustulit Justinianus, exigens expressam revocationem praeter decennium; e contrario vero non exegit decennii lapsum praeter revocationem.*“ Allerdings erfordert er Beides; Widerruf und den Ablauf von zehn Jahren (*et decennium fuerit emensum*), und zum Ueberflusß wird noch hinzugefügt, daß auf diese Weise das Testament durch das Zusammentreffen des entgegenstehenden Willens seines Urhebers und des Zeitablaufs vernichtet werde. *Marktart* will mit *Sach. Huber* die Erwähnung des Decennium nur hypothetisch verstanden wissen, d. h. der Kaiser habe hier an den Fall gedacht, wenn das Testament schon zehn Jahre alt ist, und nun die Frage entsteht, ob es aufgehört habe zu gelten? Nein, antworte der Kaiser, es muß ausserdem auch noch ein Widerruf

hinzutreten. — Nun ließen sich allenfalls die Schlußworte: „*Aliter enim testamenta mortuorum per decennii transcursiōnem evanescere nullo modo patimur*“ hypothetisch verstehen; allein gerade die Dispositivworte der Constitution sind so klar und bestimmt, daß es nach Regeln der Sprache und der Logik in der That ganz unmöglich ist, ihnen nur eine bedingte Geltung zuzugestehen. Vergeblich beruft sich daher Marcart auch darauf, daß Justinian ja nur das frühere Recht wieder hergestellt habe, wonach ein erweislicher Widerruf das Testament stets aufgehoben habe. Wäre diese Voraussetzung auch wirklich gegründet, so würde dies doch hier, wo der gesetzliche Ausdruck nicht zweifelhaft, sondern durchaus unzweideutig und bestimmt ist, in keinen Betracht kommen. Indessen dürfen wir ohne Bedenken annehmen, daß bis auf Justinian's Constitution der bloße Widerruf eines Testaments überall keine Wirkung hatte, was selbst durch diese Constitution noch einige Unterstützung erhält. Justinian schreibt eine bestimmte Form für diesen Widerruf vor; wie sollte er hierauf gekommen seyn, wäre selbst schon nach älterem Rechte jeder nur erweisliche Widerruf wirksam gewesen? Offenbar wollte er die Möglichkeit erleichtern, ein Testament zurückzunehmen ohne es zu vernichten. Aber er berücksichtigte zugleich die förmliche Natur des Geschäfts und die Regel: *nihil tam naturale est, quam eo genere quidquid dissolvere, quo colligatum est*; nur daß er eine leichtere Aufhebungsform für den Fall substituirte, wenn auch noch der Ablauf des Decennium hinzutrete (s. oben Note 88).

Gerne hätte übrigens der Kaiser noch einen Schritt weiter gehen, und einen erweislichen Widerruf ohne alle

sonstige Erfordernisse für genügend erklären können. Es ist ja nicht gerade nothwendig, daß die Regel: *nihil tam naturale est u. s. w.* unabweichtlich zur Anwendung komme, und zu welchen Unbilligkeiten eine strenge Consequenz hier leicht führen kann, beweist der von Marckart⁸⁹⁾ ungefähr in folgender Art vorgetragene Fall: Jemand hat bei seiner Abreise aus dem Vaterlande sein Testament gerichtlich deponirt zurückgelassen. Im Auslande erkrankt er, und da er inzwischen seine Gesinnung in Beziehung auf den Testamentserben geändert hat, und es bei der Intestaterbfolge zu lassen wünscht, allein Zeit und Umstände keine förmliche Testamentshandlung gestatten, eben so wenig auch eine Zerstörung des Testaments möglich ist, so erklärt er vor drei fähigen Zeugen: das Testament solle nicht gelten, sondern die Intestaterbfolge eintreten. Da nun aber von Zeit der Testamentserrichtung bis zum Widerruf nur 6 Jahre verflossen waren, so konnte bei einer buchstäblichen Anwendung der *L. 27 C. de testam.* der Widerruf nicht beachtet werden. Gewiß sind dergleichen Fälle sehr geeignet, die Aufmerksamkeit der Gesetzgeber in Anspruch zu nehmen, damit nicht das wahre Recht unnöthigen Formen oder übergroßer Consequenz weichen dürfe. Für den Juristen ist dies aber immer kein Grund, sich über bestehende Gesetze hinweg zu setzen; da wo Justinian's Constitution wirklich gilt, mußte also das aufgerufene Testament freilich für fortbestehend erklärt werden.

Verschieden von der Marckart'schen Ansicht, aber doch im Resultate auf gewisse Weise übereinstimmend, indem sie von einer Präsuntion der Willensänderung ausgeht, ist die von Jac. Gothofredus, welcher glaubt,

89) MARCKART l. l. §. 2.

daß die Constitution des K. Honorius noch jetzt in dem Falle zur Anwendung kommen könnte, wenn wieder solche Zeitumstände eintreten, wie sie den Kaiser zu seiner Verordnung bestimmten, — wenn eine Unsicherheit und Verwirrung aller Lebensverhältnisse vorhanden ist, welche die Beobachtung der zu einer förmlichen Aufhebung des Testaments vorgeschriebenen Bedingungen schwierig macht, auch leicht den Untergang eines neu errichteten Testaments veranlassen kann⁹⁰⁾. Hier habe man ein Beispiel, daß ein abgeschafftes Gesetz wieder angemessen und anwendbar erscheine, wenn die Lage der Dinge wiederum eintrete, wodurch seine Entstehung motivirt wurde⁹¹⁾. — Gewiß eine höchst sonderbare Theorie, nach welcher eine Menge abgeschaffter Gesetze und namentlich alle Zeitgesetze von selbst wieder aufleben müßten, sobald die äußeren Verhältnisse wiederkehren, welche ihre Einführung veranlaßten. Mit dem Gesetz selbst ist auch die *ratio legis* aufgehoben, und überdies ist hier nicht einmal von einer eigentlichen *ratio legis* die Rede, sondern von äußeren Motiven, worauf, nach jetzt wohl allgemein angenommenen Interpretationsgrundsätzen, eine Fortbildung des Rechts vermittelt consequenter Schlussfolgerungen überall nicht gegründet werden darf⁹²⁾. Sehen wir noch hinzu, daß eines Theils der angenommene Bestimmungsgrund des Gesetzes selbst doch immer nur auf einer höchst

90) Jac. GOTHOFREDUS in comment. ad L. 6. Theod. Cod. de test. et cod. in f.

91) „Atque ita exemplum luculentum hic habemus legis quamlibet abrogatae, quae ad suum tempus expensa, eodemque recurrente, haud iniqua videri queat.“

92) Hufeland über den Geist des röm. Rechts, oder civilist. Abhandl. Bd. I. Abh. II. S. 19 fgg.

unsicheren Hypothese beruht, anderen Theils aber, wenn doch einmal präsumirt werden soll, eben so gut zu präsumiren ist, daß Jemand bei seinem Willen beharrt sey, als daß er ihn geändert habe: so wird es schwertlich noch anderer Gründe zur Widerlegung dieser Gothofredischen Meinung bedürfen.

kehren wir nun zu der gewöhnlichen Ansicht zurück, unter deren Vertheidigern freilich wieder manche Meinungs- Verschiedenheiten Statt finden. Berühren wir vorerst nur einige Nebenfragen, welche höchst selten zur Sprache gebracht werden: müssen die Zeugen die Eigenschaft von Testamentszeugen haben, — müssen sie rogati seyn, — ist f. g. *unitas actus* erforderlich? — Was die erste Frage anbelangt, so nennt Justinian *tres testes idoneos*; da aber dieser Ausdruck auch von tüchtigen Beweiszeugen gebraucht wird⁹³⁾, so ist dadurch gar nichts für die Meinung dargethan, daß die Zeugen Testamentszeugen-Qualität haben müssen. Eher kann man sich darauf berufen, daß zum Beweise nur zwei Zeugen gehören, Justinian aber wenigstens drei Zeugen oder gerichtlichen Widerruf erfordere, also eine Rechtsform vorschreibe. Indessen werden auch in anderen Fällen, nicht der Solennität, sondern der größeren Sicherheit des Beweises halber, mehr als zwei Zeugen erfordert⁹⁴⁾, und da es sich sehr wohl erklärt, daß der Kaiser hier, wo das Vorhandenseyn eines an sich zu Recht beständigen und unverletzten Testaments vorausgesetzt wird, einen et-

93) BRISSONIUS de verb. sign. v. *idoneus* §. 3 in f.

94) So werden z. B. fünf Zeugen erfordert zum Beweise der Verwandtschaft (L. 15. §. 1 C. de testib. IV. 20.), oder einer geleisteten Zahlung, wenn der Schuldschein sich noch in des Gläubigers Händen befindet (L. 18 cod.).

was bündigeren Beweis des Widerrufs verlangt, als gewöhnlich zur Erbringung eines Zeugenbeweises erforderlich ist, so kommt auch dies Argument an und für sich wenig in Betracht, vielmehr würde man sich dagegen auf die Rechtsregel berufen dürfen: jeder Ausdruck ist im Zweifel nach seiner allgemeinen Bedeutung zu verstehen, oder: *lege non distinguente nec nostrum est distinguere*⁹⁵⁾. Aus diesen Gründen wurde denn auch in einem von Hannesen vorgetragenen Falle, wo sich unter den Zeugen zwei Frauenzimmer befanden, der Widerruf für gültig erklärt⁹⁶⁾. Nichtsdestoweniger halte ich die entgegenstehende Ansicht für richtiger. Justinian's Gesetz ist ein rein correctorisches, mithin ist es in dem Sinne zu verstehen, welcher sich von dem bisher gegoltenen am wenigsten entfernt. Nach dem bisherigen Rechte konnte ein Testament nur durch ein neues aufgehoben werden (denn die Neuerung des K. Honorius kommt hier nicht in Betracht). Justinian verordnet nun, daß bedingungsweise ein Widerruf auch vor weniger Zeugen erfolgen könne, als zur Aufertigung eines Testaments nöthig seien. Er hat mithin nur die Zahl der Zeugen eingeschränkt, über die Qualität derselben aber nichts bestimmt, weshalb es denn in dieser Hinsicht bei der Regel bleiben muß, daß Frauen nicht Solennitätszeugen seyn dürfen. Es kommt aber noch hinzu, daß hier überall nicht, wie in anderen Fällen, wo mehr als zwei Zeugen erfordert werden, vom Beweise die Rede, sondern be-

95) S. mein Lehrb. des Pandektenrechts S. 60. Note 7.

96) HANNESEN diss. I. de revocat test. §. 12 — 21. (Eine hier über die Frage sich findende Ausführung: ob Frauen Codizillarzeugen seyn können? wird zu seiner Zeit, S. 1513, berücksichtigt werden).

stimmt. Ist: die Widerrufshandlung solle vor drei Zeugen geschehen. Die drei Zeugen gehören also wesentlich mit zur Perfection der Widerrufserklärung, oder sie sind Eidlennitätszeugen⁹⁷⁾; aber sie sind auch nur dies. Daß das Testament vor drei Zeugen widerrufen seyn kann, das her auch durch andere Beweismittel, z. B. durch Urkunden oder durch zwei Zeugen dargethan werden⁹⁸⁾; was sich ganz anders verhält, wenn das Gesetz bestimmt: es sollen so oder so viel Zeugen bezeugen, daß ein Rechtsgeschäft auf gewisse Weise zu Stande gekommen sey⁹⁹⁾.

Die zweite Frage (müssen die Zeugen rogirt seyn?) ist in der That eine ganz müßige. — Wenn ein Rechtsgeschäft durch eine Erklärung vor Zeugen seine legale Existenz erhalten soll, so genügt es natürlich nicht, wie wenn bloß vom Beweise die Rede ist, daß in Gegenwart der Zeugen etwas erklärt sey, sondern diese müssen wis-

97) Mit Recht, nehmen daher Griesinger im Commentar über das Wirtemb. Landr. Th. III. Tit. XX. §. 2 und die von ihm (Bd. VI. S. 471. Note 1) angeführten Schriftsteller an, daß die Zeugen männlichen Geschlechts seyn müssen. Veranlaßt wurden, sie zur Erörterung dieser Streitfrage durch die Bestimmung des Wirtemb. Landr. Th. III. Tit. XX. §. 2: ein Testament solle entweder vor Gerichte oder vor vier ehrlichen, hiezu tauglichen Personen widerrufen und solches durch den hinterlassenen Erben genugsam bewiesen werden. Der Ausdruck ist übrigens hier so gewählt, daß er noch eher, als der in der Justin. Constitution gebrauchte, von bloßen Beweiszeugen verstanden werden könnte.

98) Arg. Nov. 73. Cap. 7 pr.

99) C. 3. B. L. 18 C. *de testib.* „nisi quinque testes idonei — — — cum sacramenti sui religione deposuerint, sub praesentia sua doctum esse solutum.“ —

fen, wozum es sich handelt, — sie müssen vor dem Act damit bekannt gemacht werden, daß hier ein Rechtsgeschäft vorgehe, welches sie bezeugen sollen. Nun heißt es in Beziehung auf Codizillarzeugen: eine Rogation sey nicht nöthig¹⁰⁰). Gewiß kann das nicht bedeuten sollen, daß jede in Gegenwart von fünf Zeugen — vielleicht zufällig — ausgesprochene Erklärung über Gegenstände, welche den Inhalt letztwilliger Dispositionen zu bilden pflegen, ein Codizill sey. Es ist hier vielmehr die Aufforderung der Zeugen durch die feierliche Rogationsformel gemeint¹). Diese Solennität ist aber schon dem neuesten röm. Recht nicht mehr bekannt, mithin existirt in dieser Beziehung auch kein Unterschied zwischen feierlichen Testamenten und Codizillen²); eine Rogation im gewöhnlichen Sinne

100) In einem Zusatz zu einer Constitution von Theodos II. aus d. J. 424 (L. ult. §. 3 C. de codicillis VI. 36) heißt es von den Codizillarzeugen: „*vel rogati, vel qui fortuito venerint.*“ Der Gegensatz ist aber sicher nicht richtig ausgedrückt, d. h. es läßt sich daraus nicht erklären, worin das rogare eigentlich bestanden habe. Denn auch von den Testamentszeugen sagt Ulpian: „*licet ad aliam rem sint rogati, vel collecti, si tamen ante testimonium certiorentur, ad testamentum se adhibitos, posse eos testimonium suum recte perhibere.*“ Wohl aber dürfen wir daraus schließen: eigentliche Rogation der Codizillarzeugen sey nie nöthig gewesen. Vgl. unten die Note 2.

1) Vgl. hier Bd. 34 d. Comment. §. 1413. C. 288. Doch erfordert die Sache eine besondere Untersuchung, welche unten bei der Lehre von den Codizillen, §. 1513, folgen wird.

2) Daß das rogare testes auch in unseren practischen Rechtsquellen so gebraucht wird, als sey hier von einer noch geltenden eigenthümlichen Form der feierlichen Te-

des Worts ist bei diesen und überhaupt bei allen Rechtsgeschäften, die durch Zeugen solemnisirt werden, eben so gut erforderlich, wie bei jenen³⁾.

Testamente die Rede, darf nicht befremden. Testes rogati adesse debent, war früher eine practisch bedeutende Rechtsregel gewesen. Regeln und Begriffe dieser Art, wenn sie auch ihre materielle Bedeutung verloren hatten, behielt man meistens bei, da ein practisches Mißverständniß derselben nicht zu befürchten war. Mißgedeutet wurden sie aber freilich wohl bisweilen in der späteren Zeit; s. z. B. L. ult. §. 3 C. de codicill. (oben Note 100). Mehr aber noch ist unsere Regel in der kaiserlichen Notariatsordnung Tit. I. §. 3 und von den neueren Schriftstellern mißverstanden. Die Streitigkeiten über die Rogation (ob sie nothwendig sey? wem hier die Beweislast obliege? u. dgl. m. S. Bd. 34 des Comment. S. 289 fg.) sind entweder völlig unnütz, oder sie dürfen doch nicht bloß auf feierliche Testamente bezogen werden. Bei Höpfner und Weber heißt es in Beziehung auf Codicille (§. 626): „Daß die Zeugen feierlich rogirt werden, wie bei Testamenten, ist nicht nöthig. — Daß nichts einer Rogation Ähnliches erforderlich sey, kann man wohl nicht behaupten. Denn die Zeugen müssen doch als solche zur Handlung gezogen seyn. — Wenn ich in einer Gesellschaft von fünf Personen erklärte, daß dies oder jenes nach meinem Tode geschehen solle, ohne sie zu ersuchen, daß sie es als Zeugen anhören möchten, so kann meine Erklärung nicht als ein Codicill angesehen werden.“ — Aber damit ist ja klar und deutlich ausgesprochen, daß hinsichtlich der Rogation ein Unterschied zwischen Testamenten und Codicillen nicht mehr existire; denn auf die Form der Erbittung kommt entschieden jetzt nichts an.

3) Vgl. hierbei noch Nov. 20. c. 2 und MERENDA in den

Die dritte Frage (ist *unitas actus* erforderlich?) kann hier die practische Wichtigkeit nie erhalten, wie in Beziehung auf Testamente, indem das Einmischen fremdartiger Rechtsgeschäfte und längere Unterbrechungen bei dem bloßen Widerruf eines Testaments schwerlich leicht vorkommen werden. Daß die Widerrufserklärung ebenfalls nicht vor jedem Zeugen besonders geschehen darf, und daß sie deutlich, bestimmt und zusammenhängend seyn muß, versteht sich ganz von selbst. Im Uebrigen bin ich allerdings mit Hanneßen der Meinung, daß die si. g. *unitas actus* hier nicht als eigentliches Erforderniß zu betrachten sey, wie bei Testamenten⁴⁾; denn, ist gleich die Justinianische Widerrufungsform daraus zu erklären, daß es früher sogar eines neuen Testamentsacts zur Aufhebung einer letztwilligen Disposition bedurfte, so läßt sich doch immer der bloße Widerruf nicht als eigentliche testamentarische Verfügung ansehen.

Streitiger, wie das Bisherige, ist aber die Frage: ob das Decennium von Zeit der Errichtung des Testaments, oder von Zeit der Widerrufserklärung an zu rechnen sey⁵⁾? Diejenigen, welche Letzteres annehmen, stü-

controvers. jur. Lib. III. Cap. XLV. Nr. 7. 8. — HANNESEN l. l. §. 22 verneint die Nothwendigkeit einer Revocation der Widerrufszeugen aus dem Grunde, weil sie auch bei Codizillen nicht nöthig gewesen sey. S. hierüber die vor. Note. Etwas besser vertheidigt die richtige Meinung Griesinger im Commentar über das Wirtemb. Landr. Bd. VI. §. 471. Note k.

4) HANNESEN l. l. §. 23.

5) Es giebt noch eine dritte Meinung, nach welcher ein Widerruf überhaupt erst möglich seyn soll, nachdem zehn Jahre seit Errichtung des Testaments verflossen sind, in welchem Falle denn aber die Revocation sofort wirken

ben sich a) auf den Zusammenhang der Dispositivworte. Es heiße: „Sin — — — hoc vel per testes idoneos u. s. w. manifestaverit et decennium fuerit *omensum*,“ was doch wohl am einfachsten so zu verstehen sey: wenn er seinen entgegenstehenden Willen erklärt hat und hierauf zehn Jahre verfloßen sind; b) auf die Erklärung des Kaisers, daß das Decennium für sich nichts mehr bedeuten solle, woraus denn gefolgert

sohl. Diese Meinung wird aber selten noch erwähnt und hat überhaupt wenig Anhänger gefunden. (S. SCHÖTT comment. de post. testam. imperfecto Cap. IX. p. 82). Auch in der Accursischen Glosse sind nur jene beiden Meinungen erwähnt (s. den Casus ad h. l. u. gl. *fuerit d.*), in den Dissensiones Dominorum von Hugo Linus aber scheint wenigstens beiläufig auf die dritte Meinung hingedeutet zu seyn: „Item differunt in L. *Sancinus* (27), ubi dicitur, quod si testator fecerit testamentum u. s. w. Dicunt Quidam, quod decennium debet transcurrere tantum post talem manifestationem et contrariam voluntatem. Sed Dominus *Azo* contra, et dicit, quod sufficit, si transeat a tempore conditi testamenti decennium, et ita, si postea testator dicat, se nolle id valere, coram testibus tribus id exprimendo vel inter acta, irritum fiet testamentum tam ex contraria voluntate, quam ex cursu temporali. Quod ergo dicitur: et decennium fiat (fuerit) *omensum*, subaudiebat ipse ante mortem testatoris, post factum tamen testamentum, ut dictum est. Sed Alii dicunt, ante mortem et post ostensam contrariam voluntatem. Azonis tamen melius placet opinio, refutata opinione superiorum et ultimarum.“ S. Gust. HAENEL Dissensiones dominorum s. controversiae veterum iuris Romani interpretum qui glossatores vocantur. (Lips. 1834) p. 449 sq.

wird, daß es überhaupt erst anfangen könne zu wirken, nachdem die Widerrufserklärung erfolgt ist⁶⁾. — In dessen bestimmt der Gesetzgeber ja nur, daß der Zeitablauf allein, oder ohne den Widerruf, nicht weiter wirksam seyn solle. Beide sollten zusammenstreffen; das aber ist immer der Fall, wenn von der Testamentbetrichtung bis zum Tode des Testators zehn Jahre verflossen sind. Das Sonderbare und Auffallende, welches ohnehin in dieser Verordnung liegt, wird offenbar noch vermehrt, wenn man den der Revocation vorangehenden Zeitraum überall nicht berücksichtigen, sondern die Wirksamkeit des Widerrufs erst davon abhängen lassen will, daß der Erblasser zehn Jahre bei seiner zuletzt ausgesprochenen Meinung beharrt. Entscheidend ist hier aber, daß das Decennium ausser Zweifel aus der Constitution des S. Honorius beibehalten ist: allein soll es nicht mehr wirken, sondern nur in Verbindung mit dem Widerruf. Da nun in dieser Constitution der terminus a quo die Zeit der Testamentbetrichtung ist, so darf im Zweifel auch eine Aenderung dieses Zeitpunkts nicht angenommen werden. Es kommt aber hinzu, daß es im Eingange der Justinianischen Verordnung ausdrücklich heißt: der Ablauf eines Decennium seit der Errichtung des Testaments (*si post ejus confectioem decennium profluxerit*) solle allein das Testament nicht zerstören. Wenn alsdann weiter bestimmt wird, was denn außerdem noch hinzutreten müsse, damit das Testament für ungiltig zu halten sey, so versteht sich wohl von selbst, daß dies auf keinen anderen Zeitraum, als den zuerst genannten, bezogen werden dürfe. Dagegen kommt denn

6) S. Joh. Friedr. Hertels politische Theorie und Cassen Nr. XLVII. b. S. 138.

die oben erwähnte Verbindung der Dispositivworte in keinen Betracht. Eine Zweideutigkeit derselben ist nur vorhanden, wenn man sie losgerissen von dem Uebrigen betrachtet, sie verschwindet aber, wenn man die Vorschrift ihrem vollständigen Zusammenhange nach würdigt⁷⁾. — Aus diesen Gründen hat denn die Ansicht, das Decennium sey von der Testamentserrichtung anzunehmen, von jeher die meisten Vertheidiger gehabt⁸⁾.

7) Man pflegt sich hier auch wohl noch, und wie ich glaube mit Recht, darauf zu beziehen, daß der Kaiser sagt: „*Si in medio tempore contraria testatoris voluntas ostenditur,*“ d. h. entweder: wenn der Testator in der zwischen der Testamentserrichtung und seinem Tode liegenden Zeit seinen entgegenstehenden Willen ausdrückt, oder: wenn er sich vor Ablauf des Decennium erklärt. In beiden Fällen wird die richtige Erklärung dadurch unterstützt.

8) Es mögen hier nur genannt seyn: die Note 5 angeführte Stelle aus den *Dissensiones domnorum*, ferner, die bei Hertel a. a. O. S. 137. Nr. a citirten Schriftsteller, sodann *Ant. MERENDA controversiar. jur. Lib. III. Cap. XL. Nr. 3*; ferner *HANNESSEN diss. I. de revoc. test. §. 7—12.* — Joh. Gottfr. Sammet *Hermeneutik des Rechts*, herausgegeb. von Born S. 193 fg. (welcher sich übrigens mit Unrecht auf die Basiliken beruft, da sie zur Erklärung von Justinian's Gesetz gar nichts beitragen. S. oben Note 83). Endlich die meisten Lehrbücher (s. die oben Note 84 angeführten Stellen). Indessen macht mein eignes zur Zeit noch eine Ausnahme; es ist daselbst die hier verworfene Meinung vorgetragen. Diese ist übrigens auch in das Baiersche Landrecht eingegangen. Es heißt daselbst (Th. III. Cap. III. §. 26. Nr. 4) „Sind deren Gezeugen — wenigst drei gewesen, so gilt der Widerruf — — quoad institutionem vel substitutionem andergestalt nicht, als

Eine der Hauptcontroversen in dieser Materie bezieht sich aber auf die Frage: ob denn nicht ein Widerruf vor sieben Zeugen ohne den Ablauf von zehn Jahren zur Aufhebung des Testaments genüge? Die bejahende Meinung hat sehr viele Befürworter gefunden, welche dieselbe bald ganz unbeschränkt, bald unter gewissen Distinctionen annehmen. Ausser manchen älteren Schriftstellern⁹⁾ gehören von den Neueren vorzüglich hieher: Reinh. Bachov¹⁰⁾, Ulr. Huber¹¹⁾, Joh. Andr. Hannesen¹²⁾, Joh. Ludw. Ernst Püttmann¹³⁾, Aug. Friedr. Schott¹⁴⁾, Pet. Greve¹⁵⁾, Pet. Andr. Rodas¹⁶⁾. Im Allgemeinen sucht man diese Ansicht so zu begründen: da einer allgemeinen Regel zufolge ein Verhältniß so aufgelöst werde, wie es entstehe, Testamente aber vor sieben Zeugen errichtet werden, so müsse man sie auch durch eine Erklärung vor sieben Zeugen entkräften können. Häufig macht man diesen Grundsatz ohne alle Einschränkung geltend, d. h. man läßt einen bloßen Widerruf für alle Arten der Testamente, für Schrift-

wenn von Zeit des Widerrufs zehn Jahr verflossen seynd."

9) J. B. BARTOLUS in comment. ad L. 18 D. de leg. III. Nr. 3. BALBUS ad L. 27 C. de test. Nr. 2.

10) Ad §. 6 (7) Inst. de test. Nr. 2.

11) Ulr. HUBER ad Inst. tit. quib. mod. test. infirm. §. 8—10.

12) Diss. II. de testamenti revocatione §. 4—12.

13) Interpret. et observat. Cap. XXVII. p. 127—131.

14) Comment. cit. in opuscul. p. 82 sqq.

15) Diss. de mutat. et revoc. test. §. 9.

16) Diss. de verballi test. rev. §. 4 sqq.

liche wie für mündliche Testamente zu ⁽¹⁷⁾. Manche dagegen wenden die Regel: *naturale est, eo genere quodquo dissolvi, quo colligatum est* mit etwas mehr Consequenz an. Sie erfordern nämlich entweder: a) eine bestimmte Erklärung darüber, daß Intestaterbfolge eintreten solle ⁽¹⁸⁾, oder b) sie lassen den Widerruf nur bei mündlichen Testamenten zu, da eine bloße Erklärung vor Zeugen der Entstehungsart des schriftlichen Testaments nicht entspreche ⁽¹⁹⁾.

Daß indessen auf die Zahl der Zeugen nichts ankommt, ergibt sich sehr bestimmt aus den Worten des Gesetzes selbst. Der Kaiser verlangt ausdrücklich eine Erklärung vor nicht weniger als drei Zeugen, und außerdem noch den Ablauf eines Decennium. Die Suziehung einer größeren Anzahl von Zeugen kann also die Wirkung des Widerrufs nicht verstärken; nur weniger als drei dürfen es nicht seyn. Die obige Regel wird hier ganz falsch angewandt. Vor sieben Zeugen kann man ein Testament errichten; aber ein Testament erfordert Erbesetzung ⁽²⁰⁾, ohne eine solche ist also eine dem Entstehungsact entspre-

17) So HANNESSEN, PÜTTMANN, SCHOTT.

18) So BARTOLUS l. 1. und *Alex. de Imola* ad L. 27. Nr. 9 C. de test.

19) J. B. BACHOVIVS l. 1. Nr. 2; auch HUBER l. 1., welcher sich sehr unbestimmt äußert, scheint diese Meinung zu haben. — Eine besondere, aber nicht inconsequente, Ansicht hat Pet. GREVE diss. cit. S. 9. p. 35. Auch ein schriftliches Testament könne durch eine vor 7 Zeugen schriftlich erfolgte und von den Zeugen unterschriebene und besiegelte Erklärung aufgerufen werden.

20) §. 34 J. de legat. „— testamenta vim ex heredis institutione accipiunt.“

Handlung überall noch nicht vorhanden²¹⁾. Daraus ist denn auch der Unterschied zwischen mündlichen und schriftlichen Testamenten hier ganz bedeutungslos. Ob man kann auf die Art der Erklärung ein Gewicht legen. Denn da es zur Erbeseinsetzung keiner bestimmten Form bedarf²²⁾, so läßt sich dies allenfalls als eine Einsetzung der Intestaterben erklären. Freilich wäre dagegen noch zu erinnern: eine Erbeseinsetzung erfordere doch immer eine positive Erklärung des Erblassers, daß er sich einen Erben ernennen wolle, die Aeußerung des Erblassers aber: er wolle sein Testament hiermit widerrufen haben und Intestatsfolge eintreten lassen, habe im Wesentlichen doch nur eine negative Richtung. Dennoch würde ich mich als Richter für die Gültigkeit des Wider-

21) Manche Vertheidiger der entgegenstehenden Meinung lassen sich auf diesen Grund gar nicht ein. Hanneken führt zwar die „legitima heredis institutio“ als nothwendiges Requirat eines eigentlichen Testaments an, meint aber, daß in jedem Widerruf immer eine stillschweigende Erbeseinsetzung liege (L. L. §. 5 und daselbst die erste Note). Indessen begreift man nicht, wie dies mit der in der ersten Dissertation vertheidigten Ansicht dieses Schriftstellers zu vereinigen ist, daß die Widerrufszeugen auch weiblichen Geschlechts seyn dürfen, daß eine Rogation derselben nicht nöthig sey, und eben so wenig Einheit der Handlung. Kurz in der ersten Dissertation sucht er den Unterschied zwischen einem Testament und einer Widerrufs-Handlung darzuthun, hier dagegen ist er zu zeigen bemüht, daß ein Widerruf vor 7 Zeugen in jeder Hinsicht als ein wahres Testament betrachtet werden müsse. Auch beruht dies ganze Argument auf einer *petitio principii*; es wird als erwiesen vorausgesetzt, was doch noch eines Beweises bedarf.

22) L. 15 C. de test. (VI. 23).

ruß entscheiden; denn da es nicht an Gründen fehlt, einen solchen Widerruf so ausulegen, daß er als Einsetzung der Intestaterben betrachtet werden kann, so läßt sich hier die Regel anwenden, daß im Zweifel allemal für die Aufrechterhaltung letztwilliger Verfügungen zu sprechen ist²³). Cautel bleibt es indessen immer, sich bestimmt zu erklären, statt sich auf die liberalen Interpretations-Grundsätze eines künftigen Richters zu verlassen²⁴). Noch giebt es eine besondere Meinung, wonach zwar der Widerruf von drei Zeugen ohne den Ablauf von zehn Jahren unwirksam seyn, dagegen der gerichtliche Widerruf sofort seine Wirkung äußern soll²⁵). Diese Meinung gründet sich darauf, daß ein Widerruf vor sieben Zeugen einer neuen Testamentserrichtung gleich stehe, eine Erklärung vor Gericht aber nicht weniger gelten könne, indem ja durch gerichtliche Verlautbarung eben so gut, als vor

23) Arg. L. 10 pr. D. de inoff. test.

24) Meistens wird die hier vertheidigte Meinung von ihren Anhängern ohne alle Einschränkung angenommen, d. h. man findet auch in der ausdrücklichen Erklärung, es solle Intestaterbfolge eintreten, keine stillschweigende Erbeinsetzung. C. A. FABER Error. Pragmaticor. Dec. XXXIX. Err. VI. Ant. MARRADA controvers. jur. Lib. III. Cap. XLIV. VINNIUS ad §. 7 J. quib. mod. test. infirm. Nr. 1 sqq. Sam. STRYK in cautel. testam. Cap. XXIV. §. 36. Höpfner in Comment. §. 518. Not. 6. Nr. 2. Schweppe das röm. Privatr. Ausg. von Wilh. Mejer Bd. V. §. 869. §. 237. — Dasselbe meint auch wohl Thibaut, wenn er sagt: „Vor dem Ablauf von zehn Jahren ist selbst der Widerruf vor 7 Zeugen unzulässig“ (Pand. R. Bd. II. §. 975 d. 8. A.). Unzulässig ist der Widerruf nicht, nur nicht wirksam.

25) RODATZ Diss. cit. §. 9.

sieben Zeugen die Errichtung von Testamenten möglich sey. Was Justinian über die Nothwendigkeit eines Ablaufs von zehn Jahren bestimmt, dürfe daher nicht auf die gerichtliche Erklärung, sondern nur auf die *privatim* vor drei Zeugen erfolgte bezogen werden. — In der That aber ist diese Interpretation von allen die willkürlicheste; die Bestimmung wegen des Ablaufs eines Decenniums steht gerade mit der Aeußerung über den Widerruf *ad acta* in der unmittelbarsten Verbindung, so daß es ganz unmöglich ist, jene Bestimmung hierauf nicht, sondern nur auf die vorhergehende Aeußerung über den Widerruf vor drei Zeugen zu beziehen. Das Wahre an dieser Ansicht ist: daß eine Erklärung *ad acta* nicht weniger, als die vor 7 Zeugen gelten könne; aber hierin liegt noch ein Argument mehr für die Meinung, daß der bloße Widerruf vor sieben Zeugen allein ein Testament nicht vernichte²⁶⁾.

Gilt nun aber irgendwo der Satz, daß ein Widerruf vor 7 Zeugen das Testament ohne Weiteres rumpire²⁷⁾, oder läßt sich dies wegen der Beschaffenheit der Willenserklärung schon nach gemeinrechtlichen Grundsätzen annehmen (s. oben S. 294 fgg.), so erfordert die Consequenz, auch hier keinen Unterschied zwischen schriftlichen und mündlichen Testamenten zu machen. Das eine gilt an sich nicht mehr, wie das andere; das ältere schriftliche Testament wird durch das neuere mündlich errichtete aufgehoben, wie umgekehrt das mündliche durch das schriftliche. Es ist dies auch kein Verstoß wider die Regel, daß die Aufhe-

26) *Ant. MERENDAE. contröv. jur. Lib. III. Cap. XLIV. Nr. 5.*

27) *S. i. B. Bayer'sches Landr. Th. III. Cap. III. §. 26. Nr. 3.*

bung eines förmlichen Rechtsgeschäfts durch eine dem Entstehungsact entsprechende Handlung geschehen solle; denn im Rechtssinne ist jede an sich gültige Testamentshandlung der anderen gleich. Die Verschiedenheit der Entstehungsart kann wohl in Nebenpunkten verschiedene Wirkungen erzeugen, z. B. in Beziehung auf Beweis, allein auf das Wesen der Sache hat dies keinen Einfluß. Daraus folgt denn von selbst, daß wenn im Allgemeinen anerkannt ist: die Aufhebung eines Testaments könne durch einen in bestimmter Form erklärten Widerruf erfolgen; diese Form auch auf alle Arten der Testamente gleiche Wirkung äußern muß, mag sie mit der Entstehungsform der einen oder der anderen Art näher verwandt seyn. (98)

Und dies gilt denn auch von der Anwendung des Justinianischen Gesetzes selbst. Alle und jede Testamente, auch die privilegierten werden in der Regel durch Widerruf vor drei Zeugen in Verbindung mit dem Ablauf von zehn Jahren aufgehoben, bleiben aber auch sonst, ebenso gut wie die nicht privilegierten, bei Kräften²⁸⁾. Die Meinung einiger Juristen, daß testamenta ad pias causas schon wegfallen, wenn sie vor zwei Zeugen wieder aufgerufen werden²⁹⁾, beruht auf der oben bereits widerlegten falschen Anwendung der Regel, daß ein Geschäft auf dieselbe Art, wie es entstehe, auch wieder vernichtet werde. Würde vor zwei Zeugen ein neues testamentum ad pias causas errichtet, so fiel nun das frühere natürlich von selbst hinweg; der bloße Widerruf vor

28) S. Weber zu Höpfner §. 518, Not. 6. S. 421, auch unten Note 30, und über eine besondere Ausnahme von dieser Regel unten Note 32.

29) Von neueren Schriftstellern vertheidigt diese Meinung GREVE diss. cit. §. 10. p. 41.

zum Reugen begeben kann hier nicht mehr wirken, wie in anderen Fällen³⁰⁾. Doch gilt für das Testament eines Soldaten, auch in Hinsicht auf den Widerruf desselben ein besonderes Recht. „Sicut autem hereditatem miles nuda voluntate dare potest, ita et adimere potest“ sagt Ulpian³¹⁾, und dieses findet denn natürlich auch in Beziehung auf ein solches Testament statt, welches der Soldat unter Beobachtung der gemeinrechtlichen Formen errichtet hat, test, aber nicht weiter bestehen lassen will: „Nam quocunque modo testamentum fecerit, novissima voluntate rescindatur, quoniam voluntas quoque militis testamenti (sc. vice) est“³²⁾.

30) S. MERENDA controversiar. jur. Lib. III. Cap. XLV. Nr. 10.

31) L. 15. §. 1. D. de test. milit. (XXIX. 1). Das hinzugefügte Beispiel: „Dandum si cancellaverit testamentum suum, vel incididerit, nullius erit momenti“ gehört an und für sich betrachtet überall nicht hierher, da das Römische auch für andere Testirer gilt. Warum aber Ulpian es eigentlich anführte, ergibt sich aus dem Folgenden: „Si tamen cancellaverit testamentum, et mox valere voluerit, valebit ex suprema voluntate.“ Also: es kommt hier immer nur der erweisliche Wille des Testirers in Betracht.

32) L. 34. §. 2. D. de test. milit. — Unmittelbar vorher heißt es: „Nec tamen circa militem eadem adhibetur distinctio.“ Diese Worte beziehen sich auf den §. 1 der Stelle, welcher so lautet: „Militia missus intra annum testamentum facere coepit, neque perficere potuit; potest dici, solutum ita esse testamentum, quod in militia fecit, si jure militiae fuit scriptum, aliquin si valuit jure communi, non esse jure rescissum.“ — Also ein Veteran (militia missus), welcher bereits als Soldat testirt hat, beginnt innerhalb

De injusto, rupto irrité facto testamento. 199

Der Grund hiervon ist ganz klar. Bei dem letzten Willen eines Soldaten kommt es überall nicht auf Formen an,

Jahresfrist nach seiner Entlassung ein neues Testament zu errichten, stirbt aber vor Vollenbung desselben. Das unvollendete Testament kann natürlich nicht gelten; oder ist nicht das früher errichtete durch den entgegenstehenden Willen des Testirers aufgehoben? Papinian unterscheidet: ob das frühere Testament ein unförmliches (*jure militiae scriptum*), oder ob es in gemeinrechtlich gültiger Form errichtet war; im erstern Falle soll es aufgehoben seyn, nicht aber im letzteren. — Allerdings haben wir hier eine wahre Ausnahme von der Regel, daß auch privilegirte Testamente (außer von einem miles) nicht anders, als die in gemeinrechtlicher Form errichteten wieder vernichtet werden können, und nach dem Grundsatz: *lex specialis derogat generaliori* müssen wir diese Ausnahme auch noch neben der durch Justinian in der L. 27 C. *de test.* eingeführten neuen Rechtsregel bestehen lassen. Sie selbst erklärt sich so: Bekanntlich wird das unförmliche Testament eines Soldaten noch ein Jahr nach dessen Entlassung aufrecht erhalten. Das militärische Testament nun gilt als reines Product des Willens seines Urhebers, und als solches besteht es denn auch noch während des ersten Jahrs nach der Entlassung; die juristische Consequenz erfordert daher, den während dieses Zeitraums irgendwie ausgesprochenen entgegenstehenden Willen des Testirers gerade so wie bei einem wirklichen Soldaten zu berücksichtigen, indem sonst nicht eigentlich gesagt werden könnte: das Testament bestehe noch zu gleicher Wirkung für den Veteranen, wie für den Soldaten. Natürlich kann dies ganze Recht aber nur bei solchen Testamenten zur Anwendung kommen, welche durch ein Privilegium auch für den Veteranen als noch gültig betrachtet werden; hat ein Soldat *jure communi* testirt, so bedarf es keines Privilegiums, damit auch nach der Entlassung das Testament noch

sondern lediglich auf den Willen; und dies muß denn natürlich für die Aufhebung eines Testaments eben so gut gelten, wie für die Errichtung³³⁾. Umgekehrt aber sollen, nach einer gewöhnlichen Meinung, Testamente der Eltern als solcher (*testamenta parentum inter vivos*) nur durch ein freiwilliges Testament, oder durch einen Widerruf vor sieben Zeugen aufgehoben werden können³⁴⁾. Indessen stehen dieser Meinung manche Beden-

gelte, daher kann es auch nur auf gemeinrechtlich gültige Art wieder aufgehoben werden. Anders verhält es sich, wenn ein Soldat das in gemeinrechtlicher Form errichtete Testament wieder aufheben will; dazu bedarf es nur einer erweislichen Willenserklärung, weil diese bei einem Soldaten allemal als *suprema voluntas* gilt. — Die älteren Interpreten haben übrigens aus dieser Stelle die Regel: *Privilegium facilius tollitur, quam jus commune* (s. die Accursische Glosse, Bartolus ad h. l. u. a. Ausleger aus dem 14. u. 15. Jahrh.), Andere finden hier nur eine sich von selbst verstehende Anwendung des Grundsatzes: daß ein Geschäft auf eben die Art wieder aufgehoben werden könne, wie es entstanden ist. (A. J. POTHIER Pand. Just. Tit. *de test. milit.* Nr. 38. Note b. T. II. p. 231). Beides ist wahr; nur erklärt die erste Regel hier eigentlich nichts, die zweite wird meistens so allgemein verstanden, daß sie auch zu ganz falschen Resultaten führt, z. B. daß ein Testament, welches vor zwei Zeugen errichtet ist, auch vor zwei Zeugen wieder aufgerufen werden könne.

33) „Nam voluntas militis pro jure servatur“ L. 1 C. *de test. milit.* (VI. 21). — Vgl. Westphal Theorie des röm. Rechts von Testamenten §. 805 und Bd. 36 d. Comment. §. 1421 h. C. 403 fgg.

34) S. GREVE diss. cit. §. 9. p. 34. §. 10. p. 41. — Meine doctr. Pand. Vol. III. §. 688 zu Note 13.

Abheben entgegen. Allerdings bestimmt die Nov. 107. Cap. 2, daß ein solches Testament nicht durch ein in der privilegierten Form errichtetes, sondern nur durch ein förmliches Testament rumpirt werde; allein dadurch sind ja die sonstigen gemeinrechtlichen Formen der Aufhebung noch nicht für ungültig erklärt. Wenn Eltern einen neuen letzten Willen errichten wollen, sagt der Gesetzgeber, so sollten sie förmlich testiren. Damit ist über einen bloßen Widerruf noch nichts ausgesprochen, folglich muß auch das Testament der Eltern durch eine Aufrufung vor drei Zeugen in Verbindung mit dem Ablauf eines Decennium wieder vernichtet werden können. Dagegen findet sich auch die Bestimmung nicht in der Novelle, daß ein bloßer Widerruf vor sieben Zeugen sofort das Testament aufhebe, sondern der Gesetzgeber spricht von sieben Zeugen nur in Beziehung auf eine neue Testamentshandlung³⁵⁾. — Mehr über diese Streitfrage wird unten beim §. 1481 vorkommen.

Auch die Aufhebung gerichtlicher Testamente steht unter den nämlichen Regeln, da das Gesetz allgemein spricht. Der Widerruf vor drei Zeugen, wenn zehnjähriges Alter des Testaments hinzutritt, hebt es auf; sonst aber kann es nur durch ein neues Testament, sey dies ein öffentliches oder vor sieben Zeugen errichtet, wieder aufgerufen

35) Eher läßt sich die Auth. *hac inter liberos C. de testam. (VI. 23)* so verstehen, und auf diese pflegt man sich hier meistens noch zu berufen. Doch ihrem ganzen Zusammenhange nach erwogen, erfordert auch die Authentike eine neue Disposition („— testamentum ita infirmatur, si parens septem testibus adhibitis declaret, se nolle tale testamentum valere, et aliam disponat voluntatem“).

Eine der Hauptkontroversen in dieser Materie bezieht sich aber auf die Frage: ob denn nicht ein Widerruf vor sieben Zeugen ohne den Ablauf von zehn Jahren zur Aufhebung des Testaments genüge? Die besagende Meinung hat sehr viele Befürworter gefunden, welche dieselbe bald ganz unbeschränkt, bald unter gewissen Distinctionen annehmen. Auffer manchen älteren Schriftstellern⁹⁾ gehören von den Neueren vorzüglich hieher: Reinh. Bachon¹⁰⁾, Ulr. Huber¹¹⁾, Joh. Andr. Hannesen¹²⁾, Joh. Ludw. Ernst Püttmann¹³⁾, Aug. Friedr. Schott¹⁴⁾, Pet. Greve¹⁵⁾, Pet. Andr. Rodas¹⁶⁾. Im Allgemeinen sucht man diese Ansicht so zu begründen: da einer allgemeinen Regel zufolge ein Verhältniß so aufgelöst werde, wie es entstehe, Testamente aber vor sieben Zeugen errichtet werden, so müsse man sie auch durch eine Erklärung vor sieben Zeugen entkräften können. Häufig macht man diesen Grundsatz ohne alle Einschränkung geltend, d. h. man läßt einen bloßen Widerruf für alle Arten der Testamente, für Schrift- wenn von Zeit des Widerrufs zehn Jahr verflossen seynd."

9) Z. B. BARTOLUS in comment. ad L. 18 D. de leg. III. Nr. 3. BALBUS ad L. 27 C. de test. Nr. 2.

10) Ad §. 6 (7) Inst. de test. Nr. 2.

11) Ulr. HUBER ad Inst. tit. quib. mod. test. infirm. §. 8—10.

12) Diss. II. de testamenti revocatione §. 4—12.

13) Interpret. et observat. Cap. XXVII. p. 127—131.

14) Comment. cit. in opuscul. p. 82 sqq.

15) Diss. de mutat. et revoc. test. §. 9.

16) Diss. de verball. test. rev. §. 4 sqq.

liche wie für mündliche Testamente zu ¹⁷⁾. Manche dagegen wenden die Regel: *naturale est, eo genere quodque dissolvi, quo colligatum est* mit etwas mehr Consequenz an. Sie erfordern nämlich entweder a) eine bestimmte Erklärung darüber, daß Intestaterbfolge eintreten solle ¹⁸⁾, oder b) sie lassen den Widerruf nur bei mündlichen Testamenten zu, da eine bloße Erklärung vor Zeugen der Entstehungsart des schriftlichen Testaments nicht entspreche ¹⁹⁾.

Daß indessen auf die Zahl der Zeugen nichts ankommt, ergibt sich sehr bestimmt aus den Worten des Gesetzes selbst. Der Kaiser verlangt ausdrücklich eine Erklärung vor nicht weniger als drei Zeugen, und außerdem noch den Ablauf eines Decennium. Die Zugiehung einer größeren Anzahl von Zeugen kann also die Wirkung des Widerrufs nicht verstärken; nur weniger als drei dürfen es nicht seyn. Die obige Regel wird hier ganz falsch angewandt. Vor sieben Zeugen kann man ein Testament errichten; aber ein Testament erfordert Erbesetzung ²⁰⁾, ohne eine solche ist also eine dem Entstehungsact entspre-

17) So HANNESSEN, PÜTTMANN, SCHOTT.

18) So BARTOLUS l. 1. und Alex. de IMOLA ad L. 27. Nr. 9 C. de test.

19) J. B. BACHOVIVS l. 1. Nr. 2; auch HUBER l. 1., welcher sich sehr unbestimmt äußert, scheint diese Meinung zu haben. — Eine besondere, aber nicht inconsequente, Ansicht hat Pet. GREVE diss. cit. S. 9. p. 35. Auch ein schriftliches Testament könne durch eine vor 7 Zeugen schriftlich erfolgte und von den Zeugen unterschriebene und besiegelte Erklärung aufgerufen werden.

20) §. 34 J. de legat. „— testamenta vim ex heredis institutione accipiunt.“

hende Handlung überall noch nicht vorhanden²¹⁾. Dazum ist denn auch der Unterschied zwischen mündlichen und schriftlichen Testamenten hier ganz bedeutungslos. Ob er kann man auf die Art der Erklärung ein Gewicht legen. Denn da es zur Erbeseinsetzung keiner bestimmten Form bedarf²²⁾, so läßt sich dies allenfalls als eine Einsetzung der Intestaterben erklären. Freilich wäre dagegen noch zu erinnern: eine Erbeseinsetzung erfordere doch immer eine positive Erklärung des Erblassers, daß er sich einen Erben ernennen wolle, die Aeußerung des Erblassers aber: er wolle sein Testament hiermit widerrufen haben und Intestatsabfolge eintreten lassen, habe im Wesentlichen doch nur eine negative Richtung. Dennoch würde ich mich als Richter für die Gültigkeit des Wiber-

21) Manche Vertheidiger der entgegenstehenden Meinung lassen sich auf diesen Grund gar nicht ein. Hanneken führt zwar die „legitima heredis institutio“ als nothwendiges Requirat eines eigentlichen Testaments an, meint aber, daß in jedem Widerruf immer eine stillschweigende Erbeseinsetzung liege (L. l. §. 5 und daselbst die erste Note). Indessen begreift man nicht, wie dies mit der in der ersten Dissertation vertheidigten Ansicht dieses Schriftstellers zu vereinigen ist, daß die Widerrufszeugen auch weiblichen Geschlechts seyn dürfen, daß eine Rogation derselben nicht nöthig sey, und eben so wenig Einheit der Handlung. Kurz in der ersten Dissertation sucht er den Unterschied zwischen einer Testaments- und einer Widerrufs-Handlung darzuthun, hier dagegen ist er zu zeigen bemüht, daß ein Widerruf vor 7 Zeugen in jeder Hinsicht als ein wahres Testament betrachtet werden müsse. Auch beruht dies ganze Argument auf einer *petitio principii*; es wird als erwiesen vorausgesetzt, was doch noch eines Beweises bedarf.

22) L. 15 C. de test. (VI. 23).

ruß entscheiden; denn da es nicht an Gründen fehlt, einen solchen Widerruf so auszulegen, daß er als Einsetzung der Intestaterben betrachtet werden kann, so läßt sich hier die Regel anwenden, daß im Zweifel allemal für die Aufrechterhaltung letztwilliger Verfügungen zu sprechen ist²³⁾. Cautel bleibt es indessen immer, sich bestimmt zu erklären, statt sich auf die liberalen Interpretations-Grundsätze eines künftigen Richters zu verlassen²⁴⁾. Noch giebt es eine besondere Meinung, wonach zwar der Widerruf von drei Zeugen ohne den Ablauf von zehn Jahren unwirksam seyn, dagegen der gerichtliche Widerruf sofort seine Wirkung äußern soll²⁵⁾. Diese Meinung gründet sich darauf, daß ein Widerruf vor sieben Zeugen einer neuen Testamentserrichtung gleich stehe, eine Erklärung vor Gericht aber nicht weniger gelten könne, indem ja durch gerichtliche Verlautbarung eben so gut, als vor

23) Arg. L. 10 pr. D. de inoff. test.

24) Meistens wird die hier vertheidigte Meinung von ihren Anhängern ohne alle Einschränkung angenommen, d. h. man findet auch in der ausdrücklichen Erklärung, es solle Intestaterbfolge eintreten, keine stillschweigende Erbeinsetzung. C. A. FABER Error. Pragmaticor. Dec. XXXIX. Err. VI. Ant. MERENDA controvers. jur. Lib. III. Cap. XLIV. VINNIUS ad §. 7 J. quib. mod. test. infirm. Nr. 1 sqq. SAM. STRYK in cautel. testam. Cap. XXIV. §. 36. HÖPFNER in Comment. §. 518. Not. 6. Nr. 2. Schweppe das röm. Privatr. Ausg. von Wilh. Mejer Bd. V. §. 869. §. 237. — Dasselbe meint auch wohl Thibaut, wenn er sagt: „Vor dem Ablauf von zehn Jahren ist selbst der Widerruf vor 7 Zeugen unzulässig“ (Pand. R. Bd. II. §. 975 d. 8. N.). Unzulässig ist der Widerruf nicht, nur nicht wirksam.

25) RODATZ Diss. cit. §. 9.

sieben Zeugen die Errichtung von Testamenten möglich sey. Was Justinian über die Nothwendigkeit eines Ablaufs von zehn Jahren bestimmte, dürfe daher nicht auf die gerichtliche Erklärung, sondern nur auf die privatim vor drei Zeugen erfolgte bezogen werden. — In der That aber ist diese Interpretation von allen die willkürlicheste; die Bestimmung wegen des Ablaufs eines Decenniums steht gerade mit der Aeußerung über den Widerruf *ad acta* in der unmittelbarsten Verbindung, so daß es ganz unmöglich ist, jene Bestimmung hierauf nicht, sondern nur auf die vorhergehende Aeußerung über den Widerruf vor drei Zeugen zu beziehen. Das Wahre an dieser Ansicht ist: daß eine Erklärung *ad acta* nicht weniger, als die vor 7 Zeugen gelten könne; aber hierin liegt noch ein Argument mehr für die Meinung, daß der bloße Widerruf vor sieben Zeugen allein ein Testament nicht vernichte²⁶⁾.

Gilt nun aber irgendwo der Satz, daß ein Widerruf vor 7 Zeugen das Testament ohne Weiteres rumpire²⁷⁾, oder läßt sich dies wegen der Beschaffenheit der Willenserklärung schon nach gemeinrechtlichen Grundsätzen annehmen (s. oben S. 294 fgg.), so erfordert die Consequenz, auch hier keinen Unterschied zwischen schriftlichen und mündlichen Testamenten zu machen. Das eine gilt an sich nicht mehr, wie das andere; das ältere schriftliche Testament wird durch das neuere mündlich errichtete aufgehoben, wie umgekehrt das mündliche durch das schriftliche. Es ist dies auch kein Verstoß wider die Regel, daß die Aufhe-

26) *Ant. MERENDAE. contröv. jur. Lib. III. Cap. XLIV. Nr. 5.*

27) *S. v. B. Bayerisches Landr. Th. III. Cap. III. §. 26. Nr. 3.*

bung eines förmlichen Rechtsgeschäfts durch eine dem Entstehungsart entsprechende Handlung geschehen solle; denn im Rechtssinne ist jede an sich gültige Testamentshandlung der anderen gleich. Die Verschiedenheit der Entstehungsart kann wohl in Nebenpunkten verschiedene Wirkungen erzeugen, z. B. in Beziehung auf Beweis, allein auf das Wesen der Sache hat dies keinen Einfluß. Daraus folgt denn von selbst, daß wenn im Allgemeinen anerkannt ist: die Aufhebung eines Testaments könne durch einen in bestimmter Form erklärten Widerruf erfolgen, diese Form auch auf alle Arten der Testamente gleiche Wirkung äußern muß, mag sie mit der Entstehungsform der einen oder der anderen Art näher verwandt seyn. (28)

Und dies gilt denn auch von der Anwendung des Justinianischen Gesetzes selbst. Alle und jede Testamente, auch die privilegierten werden in der Regel durch Widerruf vor drei Zeugen in Verbindung mit dem Ablauf von zehn Jahren aufgehoben, bleiben aber auch sonst, eben so gut wie die nicht privilegierten, bei Kräften²⁸⁾. Die Meinung einiger Juristen, daß testamenta ad pias causas schon wegfallen, wenn sie vor zwei Zeugen wieder aufgerufen werden²⁹⁾, beruht auf der oben bereits widerlegten falschen Anwendung der Regel, daß ein Geschäft auf dieselbe Art, wie es entstehe, auch wieder vernichtet werde. Würde vor zwei Zeugen ein neues testamentum ad pias causas errichtet, so fiel nun das frühere natürlich von selbst hinweg; der bloße Widerruf vor

28) S. Weber zu Höpfner §. 518, Not. 6. S. 421, auch unten Note 30, und über eine besondere Ausnahme von dieser Regel unten Note 32.

29) Von neueren Schriftstellern vertheidigt diese Meinung GREVE diss. cit. §. 10. p. 41.

zum Tode begeben kann hier nicht mehr wirken, wie in anderen Fällen³⁰⁾. Doch gilt für das Testament eines Soldaten, auch in Hinsicht auf den Widerruf desselben ein besonderes Recht. „Sicut autem hereditatem miles nuda voluntate dare potest, ita et adimere potest“, sagt Ulpian³¹⁾, und dieses findet denn natürlich auch in Beziehung auf ein solches Testament statt, welches der Soldat unter Beobachtung der gemeinrechtlichen Formen errichtet hat, test, aber nicht weiter bestehen lassen will: „Nam quocunque modo testamentum fecerit, novissima voluntate rescindatur, quoniam voluntas quoque militis testamenti (sc. vice) est“³²⁾.

30) S. MERENDA controversiar. jur. Lib. III. Cap. XLV. Nr. 10.

31) L. 15. §. 1. D. de test. milit. (XXII. 1). Das hinzugefügte Beispiel: „Dandum si cancellaverit testamentum suum, vel incidit, nullius erit momenti“ gehört an und für sich betrachtet überall nicht hierher, da das Römische auch für andere Testirer gilt. Warum aber Ulpian es eigentlich anführte, ergiebt sich aus dem Folgenden: „Si tamen cancellaverit testamentum, et mox valere voluerit, valebit ex suprema voluntate.“ Also: es kommt hier immer nur der erwiesliche Wille des Testirers in Betracht.

32) L. 34. §. 2. D. de test. milit. — Unmittelbar vorher heißt es: „Nec tamen circa militem eadem adhibetur distinctio.“ Diese Worte beziehen sich auf den §. 1 der Stelle, welcher so lautet: „Militia missus intra annum testamentum facere coepit, neque perficere potuit; potest dici, solutum ita esse testamentum, quod in militia fecit, si jure militiae fuit scriptum, aliquin si valuit jure communi, non esse jure rescissum.“ — Also ein Veteran (militia missus), welcher bereits als Soldat testirt hat, beginnt innerhalb

Der Grund hiedon ist ganz klar. Bei dem letzten Willen eines Soldaten kommt es überall nicht auf Formen an,

Jahresfrist nach seiner Entlassung ein neues Testament zu errichten, stirbt aber vor Vollenbung desselben. Das unvollendete Testament kann natürlich nicht gelten; oder ist nicht das früher errichtete durch den entgegenstehenden Willen des Testirers aufgehoben? Papinian unterscheidet: ob das frühere Testament ein unförmliches (*jure militiae scriptum*), oder ob es in gemeinrechtlich gültiger Form errichtet war; im erstern Falle soll es aufgehoben seyn, nicht aber im letzteren. — Allerdings haben wir hier eine wahre Ausnahme von der Regel, daß auch privilegierte Testamente (außer von einem miles) nicht anders, als die in gemeinrechtlicher Form errichteten wieder vernichtet werden können, und nach dem Grundsatz: *lex specialis derogat generali* müssen wir diese Ausnahme auch noch neben der durch Justinian in der L. 27 C. *de test.* eingeführten neuen Rechtsregel bestehen lassen. Sie selbst erklärt sich so: Bekanntlich wird das unförmliche Testament eines Soldaten noch ein Jahr nach dessen Entlassung aufrecht erhalten. Das militärische Testament nun gilt als reines Product des Willens seines Urhebers, und als solches besteht es denn auch noch während des ersten Jahrs nach der Entlassung; die juristische Consequenz erfordert daher, den während dieses Zeitraums irgendwie ausgesprochenen entgegenstehenden Willen des Testirers gerade so wie bei einem wirklichen Soldaten zu berücksichtigen, indem sonst nicht eigentlich gesagt werden könnte: das Testament bestehe noch zu gleicher Wirkung für den Veteranen, wie für den Soldaten. Natürlich kann dies ganze Recht aber nur bei solchen Testamenten zur Anwendung kommen, welche durch ein Privilegium auch für den Veteranen als noch gültig betrachtet werden; hat ein Soldat *jure communi* testirt, so bedarf es keines Privilegiums, damit auch nach der Entlassung das Testament noch

sondern lediglich auf den Willen; und dies muß denn natürlich für die Aufhebung eines Testaments eben so gut gelten, wie für die Errichtung³³⁾. Umgekehrt aber sollen, nach einer gewöhnlichen Meinung, Testamente der Eltern als solcher (*testamenta parentum inter liberos*) nur durch ein feierliches Testament, oder durch einen Widerruf vor sieben Zeugen aufgehoben werden können³⁴⁾. Indessen stehen dieser Meinung manche Bedenk-

gelte, daher kann es auch nur auf gemeinrechtlich gültige Art wieder aufgehoben werden. Anders verhält es sich, wenn ein Soldat das in gemeinrechtlicher Form errichtete Testament wieder aufheben will; dazu bedarf es nur einer erweislichen Willenserklärung, weil diese bei einem Soldaten allemal als *suprema voluntas* gilt. — Die älteren Interpreten bilden übrigens aus dieser Stelle die Regel: *Privilegium facilius tollitur, quam jus commune* (s. die Accursische Glosse, Bartolus ad h. l. u. a. Ausleger aus dem 14. u. 15. Jahrh.), Andere finden hier nur eine sich von selbst verstehende Anwendung des Grundsatzes: daß ein Geschäft auf eben die Art wieder aufgehoben werden könne, wie es entstanden ist. (A. J. POTHIER Pand. Just. Tit. *de test. milit.* Nr. 38. Note b. T. II. p. 231). Beides ist wahr; nur erklärt die erste Regel hier eigentlich nichts, die zweite wird meistens so allgemein verstanden, daß sie auch zu ganz falschen Resultaten führt, z. B. daß ein Testament, welches vor zwei Zeugen errichtet ist, auch vor zwei Zeugen wieder aufgerufen werden könne.

33) „*Nam voluntas militis pro jure servatur*“ L. 1 C. *de test. milit.* (VI. 21). — Vgl. Westphal Theorie des röm. Rechts von Testamenten §. 805 und Bd. 36 d. Comment. §. 1421 h. C. 403 fgg.

34) S. GREVE diss. cit. §. 9. p. 34. §. 10. p. 41. — *Meine doctr.* Pand. Vol. III. §. 688 zu Note 13.

helfen entgegen. Allerdings bestimmt die Nov. 107. Cap. 2, daß ein solches Testament nicht durch ein in der privilegierten Form errichtetes, sondern nur durch ein förmliches Testament rumpirt werde; allein dadurch sind ja die sonstigen gemeinrechtlichen Formen der Aufhebung noch nicht für ungiltig erklärt. Wenn Eltern einen neuen letzten Willen errichten wollen, sagt der Gesetzgeber, so sollen sie förmlich testiren. Damit ist über einen bloßen Widerruf noch nichts ausgesprochen, folglich muß auch das Testament der Eltern durch eine Aufrufung vor drei Zeugen in Verbindung mit dem Ablauf eines Decennium wieder vernichtet werden können. Dagegen findet sich nach die Bestimmung nicht in der Novelle, daß ein bloßer Widerruf vor sieben Zeugen sofort das Testament aufhebe, sondern der Gesetzgeber spricht von sieben Zeugen nur in Beziehung auf eine neue Testamentshandlung³⁵⁾. — Mehr über diese Streitfrage wird unten beim §. 1481 vorkommen.

Auch die Aufhebung gerichtlicher Testamente steht unter den nämlichen Regeln, da das Gesetz allgemein spricht. Der Widerruf vor drei Zeugen, wenn zehnjähriges Alter des Testaments hinzutritt, hebt es auf; sonst aber kann es nur durch ein neues Testament, sey dies ein öffentliches oder vor sieben Zeugen errichtet, wieder aufgerufen

35) Eher läßt sich die Auth. *hac inter liberos C. de testam. (VI. 23)* so verstehen, und auf diese pflegt man sich hier meistens noch zu berufen. Doch ihrem ganzen Zusammenhange nach erwogen, erfordert auch die Authentike eine neue Disposition („— testamentum ita infirmatur, si parens septem testibus adhibitis declaret, se nolle tale testamentum valere, et aliam disponat voluntatem“).

werden³⁶⁾. Doch ist es sehr streitig: ob ein solches Testament durch Zurücknahme aus dem Gericht seine Gültigkeit verliere? Diese Frage kann in einer doppelten Beziehung aufgeworfen werden. Erstlich: vernichtet die Zurücknahme des Testaments dessen Gültigkeit ohne Weiteres und ganz abgesehen von dem Willen des Testators? In dieser Beziehung ist die Frage bereits an einem anderen Orte dieses Commentars ausführlich auch unter Anführung einer reichen Literatur, und zwar, im Allgemeinen richtig, verneinend beantwortet³⁷⁾. Doch wird hier Einiges noch nachträglich bemerkt werden dürfen.

Wenn ein Testament vor einer öffentlichen Behörde oder einer aus Mitgliedern derselben bestehenden Deputation verlauthart und eine Urkunde darüber aufgenommen ist, so hat es dadurch allein und nicht durch die Verwahrung im Archiv (die ja auch nicht allemal erfolgt) die Bedeutung eines feierlichen letzten Willens erhalten. Durch die Zurücknahme aus dem öffentlichen Archiv verliert es allerdings die Kraft einer archivarischen Urkunde; seiner selbstständigen Natur als Testament kann dies aber keinen Eintrag thun. Ein Gleiches gilt natürlich denn auch in dem Falle, wenn Jemand ein feierliches (also an sich vollkommen gültiges) Privattestament bei einer Behörde deponirt und es später wieder zurücknimmt. Zweifelhafter erscheint die Sache aber, wenn ein Privataufsatz durch bloße Hinterlegung bei einer Behörde die Kraft einer förmlichen letzten Willensordnung erhält³⁸⁾. Daß hier

36) HOFACKER principia jur. civil. Rom. Germ. T. II. §. 1365. Nr. II. 1.

37) Bd. 34 des Commentars S. 1411 a. S. 218 fgg.

38) S. darüber Bd. 34 d. Comment. §. 1400. S. 188. Nr. 1 u. die in der Note 16 das. angef. Schriftsteller.

Die Zurücknahme des Testaments die sofortige Vernichtung desselben bewirke, hat gewiß die überwiegenden Gründe für sich. Die Aufnahme ins Archiv vertritt allerdings bei solchen Testamenten die Stelle der Solennität, aber sie kann nicht als Testamentshandlung gelten, wie die Verlautbarung des letzten Willens vor einer Behörde, eben so wenig wie das *signum depositionis*, womit dergleichen Testamente versehen zu seyn pflegen; es dient dies lediglich zum Beweise der erfolgten Deposition. Wo nun also die Uebergabe genügt, um dem Aufsatze die Kraft eines Testaments mitzutheilen, da kann der Grund hiervon nur in der höheren Beweiskraft archivari-scher Urkunden liegen³⁹⁾. Hieraus folgt aber von selbst, daß die Gültigkeit solcher Testamente durch die fortdauernde Aufbewahrung derselben im Archiv bedingt ist. Denn durch Zurücknahme einer Privaturkunde aus einem öffentlichen Archiv verliert dieselbe allemal ihre Eigenschaft als archivarische Urkunde, wovon doch in dem hier angenommenen Falle einzig und allein die Testaments-Eigenschaft der Urkunde abhängt.

Ist es nun aber überhaupt möglich, dadurch, daß man einen ohne die Testaments-Solennitäten abgefaßten Aufsatze einer Behörde ganz einfach zur Aufbewahrung überreicht (z. B. mittelst eines Bittschreibens,) demselben die Eigenschaft eines rechtsgültigen Testaments zu verschaffen? Nach der Art, wie sich viele Rechtslehrer hierüber äußern, müßte man diese Frage unbedenklich be-

39) Nov. 49. C. 2. u. auth. *Ad hanc C. de fide instrum.* (IV. 21). — Vgl. Spangenberg im Archiv für civ. öffentl. Praxis Bd. II. Abh. VIII. S. 94 fgg. und Ebend. die Lehre vom Urkundenbeweise (Heibels. 1827) B. II. S. 49 fgg.

jahren⁴⁰⁾. Das gemeine Recht kennt aber die Art und Weise, durch bloße Deposition eines schriftlichen Aufsatzes bei einer Behörde zu testiren überall nicht; denn das f. g. testamentum principi oblatum erfordert unter Anderem, daß der Regent mit dem Inhalte des Testaments bekannt gemacht werde⁴¹⁾. Auch unter den zahlreich von mir verglichenen Particularrechten ist keins, worin die Deposition allein für genügend erachtet würde⁴²⁾, und eben so stimmen die Schriftsteller, welcher die Form der Ueberreichung genauer beschreiben, darin mit einander überein, daß dabei ein wahrer Vollziehungsact von Seiten des Testirers vorkomme, also namentlich, wenn das Testament versiegelt übergeben wird, eine bestimmte Erklärung des Testirers, wodurch er das Testament anerkennt und die Ausnahme eines von demselben zu unterschreibenden Protocolls⁴³⁾. Dies muß allerdings eben so

40) S. Bd. 34 dieses Commentars §. 1409. S. 188. Nr. 1 u. die meisten der das. angef. Schriftsteller.

41) L. 19 C. de testam. — Nur darüber sind die Rechtslehrer jetzt noch uneins, ob der Inhalt des Testaments dem Kaiser mündlich vorgetragen werden mußte, oder ob er durch das offen übergebene Testament denselben kennen lernte. Letzteres vertheidigt Glück Bd. 34 d. Comment. §. 1408. S. 169 fgg., jenes Spangenberg im Archiv für civilist. Praxis Bd. V. Abh. V. S. 159 fg. u. nach ihm Guyet im Archiv für civilist. Praxis Bd. XIII. Abh. XIV. S. 256. Diese Differenz ist für unsere gegenwärtige Frage gleichgiltig.

42) S. namentlich die bereits Bd. 34. S. 202. Note 35 angeführten Particular- und Stadtrechte.

43) S. Claproth die Rechtswissenschaft von freiwilligen Gerichtshandlungen. §. 110 und Puchta Handbuch des gerichtl. Verfahrens in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit Bd. II. §. 208 (d. 2. Aufl.)

gut als wahre Testamentshandlung gälten, wie die Vollziehung eines schriftlichen Testaments vor sieben Zeugen, folglich kann auch die Zurücknahme desselben keine anderen Wirkungen haben, als wenn ein förmliches Privat testament einer Behörde übergeben und wieder zurückgefordert wird.

Genug also, wenn irgendwo ein bloßer Privataufsatz darum schon als Testament gilt, weil er gerichtlich deponirt ist, so muß die Zurücknahme desselben aus den obigen Gründen diese Eigenschaft auch wieder aufheben, ohne daß es einer besonderen Widerrufshandlung, oder gar des Ablaufs einer zehnjährigen Frist bedarf. Die *L. 27 C. de testamentis* kann hier nicht zur Anwendung kommen, weil ja das römische Recht diese Art, Testamenten ihr rechtliches Daseyn zu geben, überhaupt nicht kennt. Hier steht also die Zurücknahme der physischen Zerstörung gleich, wegen des innigen, ja unzertrennlichen Zusammenhangs zwischen der Beweisfähigkeit und Testamentseigenschaft des Aufsatzes; hebt man jene auf, so fällt nothwendig auch diese weg. Aber ganz dasselbe muß auch alsdann Statt finden, wenn die Ueberreichung eines solchen Aufsatzes durch einen Bevollmächtigten für zulässig erachtet wird. Bekanntlich ist es sehr streitig, ob die Uebergabe des Testaments durch einen Bevollmächtigten geschehen könne⁴⁴⁾? Damit aber diese Frage nicht mißverstanden werde, muß man unterscheiden: ob die Ueberreichung eines bereits solemnisirten Testaments gemeint

44) Auch diese Streitfrage ist bereits im vier und dreißigsten Bande d. Comment. S. 1409. S. 191 fgg. erörtert. Den dort selbst angeführten Schriften ist noch beizufügen: Guyet im Archiv für civilist. Praxis Bd. XIII. Abh. XIV. S. 254 fgg.

sey, oder ob ein schriftlicher Aufsat erst durch den Act der Uebergabe die Eigenschaft eines Testaments erhalten soll, — was gewöhnlich nicht genau von einander getrennt wird.⁴⁵⁾ Da in jenem Falle persönliche Ueberreichung überhaupt nicht nothwendig ist, sondern dieselbe vermittelt eines Writtschreibens erfolgen kann, so muß man sich dazu auch eines gehörig bevollmächtigten Procurators bedienen können. Für den zweiten Fall dagegen ist die Frage nach der Theorie ganz unbedenklich zu verneinen.⁴⁶⁾

45) Auch von Glück a. a. D. ist dies nicht geschehen. Stryk lag ebenfalls über die mannigfachen Vermengungen, welche sich hier die älteren Schriftsteller haben zu Schulden kommen lassen (a. a. D. S. 257); allein auch die neueren müßten hier genannt werden. Ich finde bei Keinem den obigen, für die Entscheidung der Frage so höchst wichtigen Unterschied mit Klarheit und Bestimmtheit hervorgehoben.

46) Glück a. a. D. ist der Meinung, daß die Praxis die Uebergabe des Testaments durch einen Bevollmächtigten zulasse, wenn nur der Bevollmächtigte mit einer hinlänglich beglaubigten und speziellem Vollmacht versehen sey, wogegen nach der richtigen Theorie, der gemeinen Meinung und nach particularrechtlichen Bestimmungen die Frage zu verneinen sey. Mit der behaupteten Praxis steht es gewiß sehr mißlich aus. Einige Erkenntnisse (wobei es überdies noch unentschieden gelassen wird, ob hier von bereits solemnisirten Testamenten die Rede ist, oder von solchen, welche erst durch die Uebergabe Testaments Eigenschaft erhalten sollen) bilden keine Praxis, und unter den Juristen, welche sich zu der gemeinen Meinung bekennen, befinden sich gerade recht viele Praktiker (s. Glück a. a. D. S. 195. Note 28. und die von STRYK cautol. testam. Cap. VIII. §. 2 angeführten Schriftsteller). Auch Stryk a. a. D. §. 2 sqq., welcher sonst für seine Person das Gegentheil annimmt, be-

— Daß man nicht durch einen Bevollmächtigten seinen letzten Willen festsetzen lassen dürfe, ist wenigstens als Regel anerkannt, mehr aber noch, daß ein Testirer bei der Solemnisirung seines letzten Willens selber gegenwärtig seyn, also den eigentlichen Testamentsact in Person vollziehen müsse⁴⁷⁾. Es würde mithin immer an einem

zeugt doch, daß nicht nur die Mehrzahl der Juristen, sondern auch Präjudizien für die verneinende Ansicht vorhanden seien. Diese ist denn jetzt auch wieder von Guryet a. a. O. vertheidigt. Seine Gründe sind hauptsächlich: a) in Ansehung der vorgeschriebenen Testamentssolemnitäten ist Alles recht genau zu nehmen, damit die Gefahr vor Verfälschungen beseitigt werde; b) durch Stellvertreter dürfte man altfeierliche Geschäfte überhaupt nicht vornehmen lassen (L. 25. §. 1 D. de adoptionib. Vgl. auch meine Lehre von der Cession der Forderungsrechte §. 5. S. 44 fgg. d. 3. Aufl.), selbst solche nicht, welche, wie z. B. die hereditatis aditio, an eigentliche Förmlichkeiten später überall nicht mehr gebunden waren. (Dieser Grund, welcher von besonderer Wichtigkeit für die Auslegung des röm. Rechts erscheint, ist von Glück a. a. O. ganz unberücksichtigt geblieben); c) daß der Testirer bei dem Testamentsact gegenwärtig seyn und persönlich handeln müsse, ist ausserdem auch noch durch neuere Bestimmungen im röm. Rechte (z. B. in der L. 9 u. 21 C. de testam.) und durch die kais. Nat. O. von Maximil. I. Tit. von Testamenten §. 4 u. §. 7 ausdrücklich vorgeschrieben.

- 47) S. die vorstehende Note. — Es ist bekanntlich sehr streitig, ob man nicht die Verfügung über den Nachlaß der Bestimmung eines Dritten anheimgeben dürfe, wegen cap. 13 x de testamentis (III. 26). Die verneinende Meinung ist wohl am besten ausgeführt in diesem Commentar Bd. 33. §. 1406 a. S. 476 fgg. und Bd. 34. §. 1406 b. S. 1—22. Wie man hierüber indessen auch

testamentarischen Vollziehungsact fehlen, wenn die Ueberreichung einer nicht schon förmlich vollzogenen letzten Willenserklärung durch einen Procurator zulässig seyn sollte; denn alle Versicherungen und Erklärungen desselben können eben so wenig dafür gehalten werden, als wenn Jemand vor 7 Zeugen ein fremdes Testament als Stellvertreter des Testirers vollziehen wollte. Und hätte der Testirer auch vor noch so vielen Zeugen die Testamentsurkunde dem Procurator übergeben ⁴⁸⁾ und sie für seinen wahren letzten Willen erklärt, — so lange dies nicht von den Gesetzen als Testamentssolemnität angesehen wird, kann es der Handlung keine höhere Bedeutung verschaffen, als daß allenfalls der Rechtheitsbeweis dadurch hergestellt wird. Kame es indessen hierauf allein bei Testamenten an, so ließe sich dieser viel sicherer noch durch andere Mittel bewirken, indem die bloße vor Zeugen erfolgte Uebergabe eines Testaments an den Procurator immer noch nicht die Ueberzeugung gewährt, daß die bei der Behörde deponirte Urkunde auch wirklich die demselben anvertraute sey, und überhaupt würde es alsdann mancher Solemnitäten gar nicht bedürfen. Jedenfalls aber ist eine Ueberreichung der Testamentsurkunde mittelst einer Bittschrift für eben so wirksam zu erachten, wie die durch einen Bevollmächtigten, da nach allgemeinen Grundgesetzen denken möge, so ist doch gewiß, daß die Stelle auf die Solemnisirung einer von dem Erblasser selbst ausgehenden testamentarischen Verfügung nicht bezogen werden dürfe.

⁴⁸⁾ Nach einer der verschiedenen Meinungen soll die Ueberreichung durch einen Bevollmächtigten zulässig seyn, wenn zwei glaubhafte Zeugen es gesehen haben; daß der Testirer demselben die Testamentsurkunde eingehändigt hat. S. Guyet o. d. D. S. 258 fg.

sagen, das Eine so wenig, wie das Andere ein wahrer Testamentsact ist. Löst man es dennoch dafür gelten, so ist es in dem einen wie in dem anderen Falle lediglich die Aufnahme in ein öffentliches Archiv, wodurch die Urkunde die Bedeutung eines Testaments erhält, mithin muß in beiden Fällen auch die Zurücknahme gleiche Wirkung haben.

Wenden wir uns nunmehr zu der zweiten Frage (s. oben S. 302 fgg.): Bewirkt die Zurücknahme des öffentlichen Testaments eine Vernichtung desselben in dem Falle, wenn der Testirer diese beabsichtigt? — Nicht zu verwechseln hiermit ist die Frage: ob durch die Zurücknahme schon die Absicht an den Tag gelegt sey, das Testament zu revociren? Es kommen hierbei vor Allem die Umstände in Betracht, unter welchen die Zurücknahme erfolgte⁴⁹⁾. Lassen diese aber nicht mit völliger Sicherheit einen Schluß auf die Absicht des Testirers zu, das Testament aufheben zu wollen, so muß man sich dagegen erklären. Denn die Gründe, welche den Testirer zur Zurücknahme bestimmten, können sehr wohl mit der Absicht bestehen, daß das Testament nach wie vor seine Gültigkeit behalten solle, z. B. er will sich dadurch in den Stand setzen, leichter Abänderungen vornehmen zu kön-

49) Dies hat Glück Bd. 34 d. Comment. S. 1411 a. S. 218 wohl allein vor Augen, wenn er die Frage, welche am Schluß des S. 1429 zur Erörterung kommen werde, mit Spangenberg (im Archiv für civilist. Praxis Bd. V. S. 171) für eine bloße quaestio facti erklärt. Dafür darf man aber die Frage nicht halten, welche den eigentlichen Gegensatz der von ihm bereits erörterten bildet. Ob die absichtliche Zurücknahme oder Aufrufung eines gerichtlich deponirten Testaments dasselbe sofort aufhebe? ist eine reine quaestio juris.

nen, obet er wünscht eine förmliche Publication des Testaments vermieden zu sehen, obet er beabsichtigt, dasselbe bei einer anderen Behörde zu deponiren u. dgl. m.⁵⁰⁾. Da nun die Absicht, das Bestehende aufheben zu wollen, nicht zu vermuthen ist, so darf auch die Aufrufung eines Testaments nicht angenommen werden, wenn diese nicht mit logischer Nothwendigkeit aus den Umständen sich ergibt, welche die Zurücknahme begleiten⁵¹⁾.

Aber auch eine andere verwandte Frage wird vorher noch zu erörtern seyn, ehe wir zu der hier aufgeworfenen übergehen können: — welche Wirkung hat der bloße gerichtliche Widerruf, ohne Zurücknahme des Testaments? — Nach der L. 27 C. de testam. bewirkt die vor Gericht erfolgte Erklärung, daß man sein Testament nicht weiter bestehen lassen wolle, nicht mehr, wie die vor Zeugen erfolgte, es muß also noch ein zehnjähriges Alter des Testaments hinzukommen. Indessen glauben Manche, daß dies nicht auf öffentliche Testamente gehen könne⁵²⁾. Die dafür hauptsächlich angeführten Gründe sind: einmal, daß hier nur die Regel zur Anwendung gebracht werde: *nihil tam naturale est, quam eo genere quodque dissolvere, quo colligatum est*, wobei man denn noch die Analogie der Aufrufung eines Testaments vor 7 Zeugen zu Hilfe ruft. Nun ist aber oben gezeigt, in welchem Sinne hier, d. h. wenn von

50) Vgl. HANNESSEN Diss. II. de revocat. testam. §. 16.

51) STRYK cautel. testamentor. §. 45 — 47. Meister pract. Bem. aus dem Civil- u. Criminalr. B. I. Bem. XI. Nr. II. C. 85 fgg. A. D. Weber Erläuter. der Pand. Bd. II. §. 1429. Nr. 3. C. 231 fgg. — C. auch die unten Note 63 u. 65 angef. Schr.

52) So HANNESSEN Diss. II. de revocat. test. §. 15.

der Aufhebung der Testamente die Rede ist, jene Regel eigentlich zu nehmen sey; das idem genus solutionis darf hier nur von einer neuen Testamentshandlung verstanden werden; so daß also ein bloßer Widerruf vor sieben Zeugen keine größere Wirkung hat, als der vor drei Zeugen geschehene. Damit ist denn dieser erste Grund von selbst beseitigt. — Ein zweiter Grund soll seyn, daß R. Justinian's Bestimmung in der L. 27 C. de testam. von öffentlichen Testamenten überall nicht verstanden werden dürfe. Dies soll aus den Schlussworten der Constitution folgen: „prioribus constitutionibus, quae super *hujusmodi* testamentis evacuandis latae fuerant, penitus antiquandis.“ Justinian spreche hier von den Testamenten, worauf die Verordnung des R. Honorius (L. 8. Th. C. de testam.) geht; in diesem Gesetze könnten aber nur förmliche Privattestamente gemeint seyn, da der Grund, weshalb dieser Kaiser die Erlöschung eines Testaments sofort mit dem Ablauf von zehn Jahren eintreten lassen wollte, in der Befürchtung zu suchen sey, daß binnen dieser langen Zeit die Beweismittel der Richtigkeit des Testaments verloren gehen möchten. Allerdings wäre es möglich, daß der Gesetzgeber nur an solche Testamente gedacht hätte. Allein Justinian's Constitution spricht ganz allgemein; wenn man den Satz, worin die Worte: *super hujusmodi testamentis* vorkommen, in seinem ganzen Zusammenhange betrachtet, so sagt der Kaiser: anders als vermittelst eines Widerrufs solle der Ablauf von 10 Jahren das Erlöschen der „testamenta mortuorum“ nicht mehr zur Folge haben, und was früher hierüber (*super hujusmodi scil. mortuorum testamentis*) angeordnet worden, durch dieß neue Gesetz aufgehoben seyn. In

diesem allgemeinen Sinne muß die Vorschrift um so eher verstanden werden, da schlechterdings kein Grund vorhanden ist, anzunehmen, daß die Aufhebung öffentlicher Testamente leichter von Statuten gehen könne, als die von Privattestamenten 53).

Rehren wir jetzt wieder zu unserer Frage zurück, deren Beantwortung nun mit Hinen Schwierigkeiten verbunden seyn kann. Nach strengen und consequenten Rechtsgrundsätzen darf nämlich auch die mit einem Widerruf verbundene Zurücknahme des öffentlichen Testaments nicht als eine Handlung angesehen werden, wodurch das Testament sofort vernichtet wird, sondern es muß noch der Ablauf eines Decennium vom Augenblick der Testamentserrichtung hinzutreten 54). Wenn nämlich die Zurücknahme des Testaments dasselbe nicht schon von selbst zerstört, so ist auch nicht abzusehen, wie durch sie die Kraft des Widerrufs vermehrt werden soll; Alles kommt hier vielmehr lediglich auf die Widerrufserklärung an. Kann diese allein nicht dem Testament auf der Stelle seine Wirkung nehmen, so vermag dies auch die Zurücknahme nicht. Ja, es hat diese Handlung an und für sich gar keine rechtliche Bedeutung, weshalb denn auch ein Widerruf gültig ist, d. h. diejenigen rechtlichen Folgen hat, welche er überhaupt haben kann, wenn gleich das widerrufenes Testament bei der Behörde deponirt bleibt 55).

53) HOFACKER princip. jur. civil. Rom. Germ. T. II. §. 1366. N. II. 1.

54) STRYK cautel. testamentor. Cap. XXIV. §. 38.

55) Das Gegentheil behauptet Math. BERLICH in conclus. pract. P. III. concl. IV. Nr. 52. 53, wobei als Grund angegeben wird: „quia eadem solemnitas ad revocationem testamenti requiritur.“ (Er ist nämlich der

Wie nun der Widerruf geschehen müsse? ist daher die einzige Frage, welche uns hienbei noch interessiren kann. — Zuvörderst leidet es keinen Zweifel, daß auch öffentliche Testamente vor drei Augen, so wie umgekehrt Privattestamente durch eine Erklärung vor dem Richter aufgerufen werden können⁵⁶⁾. Sodann, welchen Weg man auch wählen möge, muß die Erklärung von dem Erblasser in Person geschehen, da die Aufrufungshandlung nicht bloß des Beweises wegen, sondern als Gottemittat vorgeschrieben ist⁵⁷⁾. Allerdings kann der Erblasser sein Testament mittelst eines Bittschreibens oder eines Bevollmächtigten zurückverlangen; als Widerrufshandlung hat dies aber gar keine Wirkung, auch wenn die Absicht, das Testament widerrufen zu wollen, dabei klar ausgedrückt ist, sondern es müßte nicht noch Vernichtung des Testaments oder eine anderweitige letzte Willensbetonung hinzutreten. — Endlich ist erforderlich, daß über den vor Gericht erklärten Widerrufsact ein Protocoll aufgenommen werde. Doch auch dies ist streitig. HANNESSEN behauptet, daß ein Protocoll nicht nöthig sey, weil es ja nur zum Beweise diene, dieser aber auch durch

Meinung, daß der Widerruf allein ohne die Zurücknahme des Testaments unwirksam sey). Wäre dieser Grund wahr, so müßte ein öffentliches Testament, ohne es zurückzunehmen, auch nicht durch ein neues Privattestament aufgehoben werden können, was doch wohl Niemand behaupten wird. — Gegen die Ansicht von BERLICH erklärt sich auch HANNESSEN Diss. II. S. 22 u. 23, welcher übrigens die Meinung vertheidigt, daß der bloße Widerruf dem Testamente auf der Stelle seine Wirkung nehme.

56) S. oben S. 296 fg.

57) S. oben S. 284 fg.

mündliche Deposition der Gerichtsbetheiligten hergestellt werden könne⁵⁹⁾. Allein die Mitglieder des Gerichts entscheiden bei dieser Handlung nicht als gewöhnliche Zeugen, sondern als öffentliche Behörde; es ist etwas vor dieser Behörde offiziell zu constatiren, wies aber kann nur auf die für amtliche Handlungen übliche Art und Weise erfolgen. Dazu nun gehören, zur Zeit der christlichen Kaiser, allemal noch, d. h. zur Stelle obfolgte Aufzeichnung des vor der Behörde Geschehenen⁶⁰⁾; oder das, was wir Protokoll nennen. Und auch heut zu Tage ist die Gültigkeit gerichtlicher Handlungen (also auch alles dessen, was vor dem Gerichte geschieht und durch dasselbe bezeugt werden soll) dadurch bedingt, daß darüber Acten aufgenommen sind⁶¹⁾; wie denn namentlich über Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit die Aufnahme eines Protocolls nie fehlen darf⁶²⁾. Es ist mithin die

§ 68) Diss. H. §. 21. — Er beruft sich auch noch auf L. 19 *de testam.*, worin nur die „*consentia principis*“ zur Errichtung eines öffentlichen Testaments erfordert werde, weshalb zum Widerruf auch nicht mehr zu erfordern sey. Indessen übersieht er, daß es ebenfalls heißt: „*Securus erit, qui actis cujuscunque iudicis aut municipum — postremum publicavit iudicium.*“ Zu einem vor einer obrigkeitlichen Behörde zu errichtenden Testamente ist also doch außer allem Zweifel eine Erklärung zu Protocoll, nöthig; consequenterweise muß er daher zugeben, daß auch bei dem vor einer Behörde erklärten Widerruf das Protocoll nicht fehlen dürfe.

59) L. 151. Th. C. *de decurionib.* (XII. 1). — SPANGENBERG *juris Romani tabulae negotiorum solennium superstites* (Lips. 1822) p. 46 sqq. §. 2.

60) Martin Lehrb. des deutschen bürgerl. Processes §. 18. (b. 11. Aufl.).

61) Glaproth's Rechtswissenschaft von freiwilligen Ge-

Nothwendigkeit dieser Form bei dem gerichtlichen Widerruf eines Testaments um so weniger zu bezweifeln, als der R. Justinian sich hierbei zum Uebersatze eines Ausdrucks bedient, welcher auf das Deutlichste darauf hinweist⁶²⁾.

Das Resultat der vorausgegangenen Erörterungen würde also kürzlich Folgendes sein: Soll der Widerruf eines Testaments ohne Verpörrung desselben oder eine neuer Testamentshandlung überhaupt Wirkungen haben, so muß er in Person vor drei fähigen Zeugen oder vor Gericht, unter Beobachtung der für gerichtliche Handlungen erforderlichen Form, erklärt werden. Alsdann wird das Testament unwirksam, sobald seit dessen Entstehung zehn Jahre verlossen sind. Die Buchnehmung eines öffentlichen Testaments ist an sich nichts wirkend, außer insofern die Entstehungsart eines solchen Testaments von selbst mit sich bringt, daß das Fortbestehen desselben von seiner fortdauernden Aufbewahrung in einem öffentlichen Archiv abhängt. (S. oben S. 298. u. S. 301 fgg.).

Freilich ist dies Resultat weder allgemein anerkannt, noch durch die Praxis begünstigt; auch wird dadurch unlängbar dem formellen Recht ein zu großes Uebergewicht über das materielle gestattet, weshalb sich denn auch seit der Glossatorenzeit sehr gewichtige Stimmen dagegen erklärt haben, wenn es gleich unlängbar den Willen des Gesetzgebers und die strenge Konsequenz für sich hat. Namentlich hat die Meinung von jeher viele Anhänger

richtshandlungen §. 21 (d. 3. Aufl.). Puchta Handbuch des gerichtl. Verfahrens in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Th. I. S. 118. S. 133 (d. 2. Aufl.)

62) L. 27 C. de testam. — „Sin — testator — hoc inter acta manifestaverit.“

gefunden, daß die mit der Erklärung und der Absicht des Widerrufs erfolgte Zurücknahme des Testaments die Wirksamkeit desselben sofort aufhebe⁶³⁾, worauf ohne Zweifel das Rechtsprüchwort der Neueren: *facta sunt potentiora verbis*, Einfluß gehabt hat, obgleich es auch wohl gebraucht ist, um die theoretisch richtige Meinung zu begründen, daß ein Testament, ehe es zehn Jahre alt geworden ist, nur durch *Revolocation* wieder aufgehoben werden könne⁶⁴⁾. Da nun die Meinung gilt, daß eine Zurücknahme des Testaments als *Revolocation* anzusehen sey, da gewährt auch die oben (§. 399 fgg.) erwähnte Frage: ob schon durch die Zurücknahme die Absicht errät sey, das Testament aufzuheben zu wollen? ein Interesse⁶⁵⁾, eine Frage, welche ohne alle praktische Bedeutung ist, wenn zu einem rechtlich wirksamen Widerruf eine bestimmte Form für nöthig erachtet wird⁶⁶⁾.

63) STRYK *cautel. test. cap. XXIV. §. 38* in f. bezeugt, daß es die gemeine Meinung sey. Ausser den von ihm angeführten Schriftstellern erklären sich dafür: LEXAR med. ad Pand. sp. 359. m. 13. PUFENDORF *observat. jur. univ. T. III. obs. 153*. HOFACHER *princip. jur. civ. Rom. Germ. T. II. §. 1365. Nr. III.*

64) Eine sehr ausführliche Widerlegung dieses Arguments findet sich bei HANNESSEN *Diss. II. §. 5 sqq.*

65) Vgl. PUFENDORF *T. III. obs. 153* in f. u. Claproth's *Rechtsw. von freiwilligen Gerichtshandlungen §. 115.*

66) Eine Anwendung aller durch die obige Untersuchung gewonnenen Grundsätze auf die Frage: auf welchem Wege und zu welchen Wirkungen ein reciprokes Testament einseitig widerrufen werden könne? hat keine Schwierigkeiten. — An sich kann jeder Testirer unabhängig von dem anderen seine Disposition widerrufen, und ist das Testament ein *correspectives*, so fällt dadurch auch die

Wünschenswerth wäre es allerdings, daß die bisher in diesem §. erörterte Frage ihrem ganzen Umfange nach gesetzlich bestimmt und dabei nicht sowohl eine consequente Anwendung strenger Rechtsregeln, als vielmehr das Prinzip berücksichtigt würde, daß Niemand, sey es Erbe oder Legatar, aus einem Testamente etwas erhalten kann, wenn er den Willen des Testators ersichtlich nicht für sich hat.⁶⁷⁾ Die neueren Particulargesetzgebungen gehen auch von diesem Grundsatz aus; in den früheren finden wir meistens ein mehr oder weniger genaues Anschließen an die Bestimmungen des röm. Rechts, und nur da offenbart sich größere Freiheit und Selbstständigkeit, wo es an bestimmten Entscheidungen im röm. Rechte

andere Disposition von selbst weg. (S. oben S. 218 fgg.) Der bloße Widerruf kann aber auch hier nicht mehr Wirkungen haben, als bei einem einfachen Testamente, also nach der Regel des römischen Rechts wird das Testament dadurch nur vernichtet, nachdem es 10 Jahre alt geworden ist. Wurde es einer Behörde überreicht, so darf keiner der Testirer es einseitig zurückfordern, vorausgesetzt nämlich, daß beide Testamente in einer Urkunde errichtet sind. (S. *Ern. Lud. MÜLLER* Diss. de testamenti conjugum reciproci mutabilitate. Gött. 1766. S. 21); jedoch kann dies die Aufhebung der Disposition durch ein neues Testament natürlich nicht hindern.

67) Auch Anton Mergenda, welcher die theoretisch richtige Ansicht in allen Punkten vertheidigt, ist dieser Meinung, welche er auf folgende Weise äußert: „optimo facturi sunt omnes supremi Principes, si neglecto juris civilis rigore testamentum nuda voluntate revocatum, de qua constat, infirmaverint; apud eos enim aequum et bonum plus valere debet, quam juris civilis scrupulositates.“ (Contravers. jur. Lib. III. Cap. XLV. Nr. 14).

fehlt. So ist im Baierschen Landrecht (1756) geordnet, daß ein bloßer Widerruf mit Worten nur vor sieben Zeugen oder gerichtlich soll geschehen dürfen; geschieht er vor weniger, oder mindestens vor drei Zeugen, so gilt derselbe in Ansehung der Erbeinsetzungen und Substitutionen nicht anders, als wenn von der Zeit des Widerrufs zehn Jahre verstrichen sind⁶⁸⁾. Nimmt der Testator ein öffentliches Testament ab actis zurück, so ist dasselbe sofort unkräftig, selbst in dem Falle, wenn es nach dem Tode des Testators verschlossen und unverletzt vorgefunden worden wäre⁶⁹⁾. Das Württembergische Landrecht (1609) erfordert eine Aufrafung vor Gerichte oder vor „vier ehrlichen, hiezu tauglichen Personen“⁷⁰⁾; über den Widerruf öffentlicher Testamente äußert es sich nicht besonders⁷¹⁾. Mehr noch entfernte sich

68) Cod. civil. Bavaric. Maximil. Th. III. Cap. 3. §. 26. Nr. 3. 4.

69) Cod. civ. Bav. Max. Th. III. Cap. 4. §. 2 a. E. — Natürlich hält Kreittmayr diesen Satz auch nach gemeinrechtlicher Theorie für richtig; Erläuter. über den Cod. Max. Bav. civ. Th. III. §. 1105. Nr. 12.

70) Th. III. Tit. 20. §. 2. — Daß diese vier Zeugen Solennitätszeugen seyn müssen, folgt aus allgemeinen Grundsätzen. S. oben §. 285. Note 97.

71) Griesinger im Comment. über das Würtemb. Landr. Bd. VI. §. 477 ist übrigens der Meinung, daß schon in der bloßen Zurücknahme des Testaments eine stillschweigende Aufhebung liege. — Durch eine Sächsische Constitution v. J. 1661 ist die hierüber Statt findende gemeinrechtliche Controverse dahin entschieden, daß die Zurücknahme das Testament alsdann entkräfte, wenn der Testator dasselbe ausdrücklich widerrufen hat. S. Panbold Lehrb. des königl. Sächs. Privatr. §. 338.

von den Bestimmungen des römischen Rechts, schon die Frankfurter Reformation (1578). Die Aufrufung eines Testaments soll entweder a) durch ein neues Testament erfolgen, worin das vorige ausdrücklich aufgehoben und widerrufen wird⁷²⁾, oder b) dadurch, daß der Testator das vorige in der Kanzlei im Testamentsbuch auslösche⁷³⁾, oder c) durch einen Widerruf vor drei Zeugen, wobei ein Ablauf von zehn Jahren nicht erfordert wird⁷⁴⁾. — Nach dem Preussischen Landrechte verliert ein gerichtlich deponirtes Testament durch Zurücknahme seine Gültigkeit, auch wenn es noch unentfaltet und unverändert im Nachlasse vorgefunden wird; doch schadet die Zurücknahme dem Testamente abhand nicht, wenn mehrere Exemplare desselben bei verschiedenen Gerichten deponirt sind und sich auch nur bei einem derselben ein Exemplar befindet, und eben so wenig genügt die bloße Zurückforderung, wenn das Testament dem noch bei der Behörde gelassen wird⁷⁵⁾. Auch ein bloßer Widerruf ist zulässig, wenn dabei die Formalitäten beob-

72) Daß hierin eine erhebliche Abweichung vom röm. Recht liegt, welches eine ausdrückliche Aufrufung des älteren Testaments in dem späteren nicht verlangt, bemerkt mit Recht v. Adlerflycht das Privatrecht der freien Stadt Frankfurt §. 317. S. 573. — Vgl. Vender Lehrb. des Privatt. der freien Stadt Frankfurt (Jrff. 1835): §. 101. S. 246. Note 10.

73) Diese Vorschrift ist nicht mehr anwendbar, da die früher in Frankfurt übliche Art, ein öffentliches Testament zu errichten, daselbst außer Gebrauch gekommen ist; v. Adlerflycht a. a. D. §. 294. S. 314 u. §. 317. S. 574.

74) Reform. Th. IV. Tit. 7. §. 2.

75) Allg. Preuß. Landr. Th. I. Tit. 12. §. 565, 566, 568, 569.

nicht werden, Hier zur Errichtung eines Testaments nöthig sind⁷⁶⁾; sonst muß die Zurdnahme hinzutreten⁷⁷⁾.

— Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die Oesterreichische Monarchie erfordert zum wirksamen Widerruf eines mündlichen Testaments so viele und solche Zeugen, als zur Gültigkeit eines mündlichen Testaments nöthig sind; ist das Testament schriftlich errichtet, so soll der Widerruf in einem vom Testator geschriebenen oder wenigstens unterschriebenen, auch von eben soviel Zeugen, als zur Errichtung erforderlich sind, unterzeichneten Aufsatze erklärt werden⁷⁸⁾. Ueber die Aufrufung öffentlicher Testamente findet sich in diesem Gesetzbuche keine Bestimmung. — Das neuere französische Recht⁷⁹⁾ erklärt einen bloßen Widerruf alsdann für gültig, wenn darüber ein förmliches Notariatsinstrument aufgenommen ist⁸⁰⁾.

Noch bleibt aber die Frage zu erörtern übrig: ob die in L. 27. C. de testam. enthaltene Vorschrift auch auf Vermächtnisse anzuwenden sey, — m. a. W. ob auch Codicilldispositionen nicht anders wirksam aufgerufen werden können, als wenn der Widerruf vor wenigstens

76) Ebendas. §. 587. 588.

77) E. das. §. 591. Ueberhaupt ist, falls das Testament zurüdgenommen ist, der Widerruf unnöthig, folglich ist es auch gleichgültig, ob auf gehörige Art oder gar nicht widerrufen ist; das. §. 592.

78) Th. II. Hauptst. 12. §. 719.

79) Früher war in den pays de droit coutumier ein schriftlicher vom Testator unbesigelter Aufsatz zum Widerruf hinreichend. GARNIER de testamentor. revocatione p. 8 in f. p. 9 und die daselbst Note 1 angeführten Schriftsteller.

80) Cod. civ. Art. 1035. — Bgl. GARNIER L. l. p. 10. sqq.

drei Zeugen oder gerichtlich erklärt ist, und seit Errichtung der Disposition zehn Jahre verflossen sind?

Es ist hierbei vor allen Dingen festzustellen, wie das Recht vor Justinian in diesem Punkte beschaffen gewesen sey. Soviel ist gewiß, daß früher altförmliche Vermächtnisse (*legata*) nur durch ein neues Testament oder in bestätigten Codicillen, und zwar so förmlich, wie sie angeordnet wurden, aufgehoben werden durften. „*Legatum, quod datum est, adimi potest, vel eodem testamento, vel codicillis testamento confirmatum tamen eodem modo adimatur, quo modo datum est*⁸¹⁾. Bei Fideicommissen dagegen war die Anordnung wie die Aufhebung nie an bestimmte Formen gebunden; Alles kam hierbei lediglich auf den erweislichen Willen des Erblassers an, weshalb es denn auch hieß: *nuda voluntate fideicommissa infirmantur*⁸²⁾. Und dies hat sich auch nicht geändert, ungeachtet in der Folge alle Codicillarverfügungen an gewisse Formen gebunden

81) *ULPIANI Fragm. Tit. XXIV. §. 29.* — Auch hier war man ohne Zweifel zuerst an den Gebrauch bestimmter Formeln gebunden, später wurde man darin weniger bedenklich, bis zuletzt die Nothwendigkeit einer eigentlichen Form ganz wegfiel; eben so wie bei der Erbeseinsetzung, (*GAJI Inst. II. §. 117. ULPIANI Fragm. Tit. XXI*), nur daß bei dieser die gänzliche Formlosigkeit in eine viel spätere Zeit fällt. Daß es ursprünglich nicht gleichgiltig war, in welchen Ausdrücken die *ademptio legatorum* erfolgte, ergiebt sich aus den Schlussworten der Ulpianischen Stelle, so wie aus Theophilus, ad Tit. *Inst. de ademptione legatorum*, wo freilich das Resultat vorgetragen wird, daß es auf die Worte und Formen dabei nicht mehr ankomme.

82) *L. 18 D. de leg. III.*

Glücks Erläut. d. Pand. 38. Th.

wurden⁸³⁾. Im Gegentheil übertrug man das unformliche Aufhebungsrecht vermittelst der *doli exceptio* auch auf die Legate, und zwar schon zur Zeit der juristischen Klassiker. Nach einer Stelle von Ulpian werden Legate und Fideicommiſſe *nuda voluntate* aufgehoben, und wie auch immer dieser entgegenstehende Wille erklärt sey mag, ausdrücklich oder stillschweigend, dem Legatar steht allemal die *doli exceptio* entgegen⁸⁴⁾. Wenn daher Ulpian (in den Fragmenten XXIV. 29) von der Nothwendigkeit einer formellen Aufhebung der Legate spricht, so ist hier nur die Rede von dem, was geschehen muß, damit diese Vermächtnisse *ipso jure* vernichtet werden, *per exceptionem* wurde die nämliche Wirkung auch in Folge des bloßen entgegenstehenden Willens vermittelt⁸⁵⁾.

Freilich behaupten Manche; es sey dies überall kein ausschließliches Recht für Vermächtnisse gewesen, sondern auch der Testamentserbe sey durch *doli exceptio* von Seiten des Intestatorben zurückgewiesen worden, so oft er den Willen des Erblassers, gleichviel auf welche Art ausgesprochen, gegen sich habe. Es ist hievon oben schon die Rede gewesen, und es dürfte diese Ansicht auch wohl durch das, was dort darüber gesagt wurde, für hinreichend beseitigt erachtet werden können⁸⁶⁾. Indessen wird es nöthig seyn, hier, wo die Verschiedenheit zu erörtern

83) L. 1. Th. C. *de test.* (IV. 4). L. 9. §. 3. Just. Cod. *de codicillis* (VI. 36).

84) L. 3. §. ult. D. *de adim. vel transfer. leg. vel fideic.* (XXXIV. 4).

85) S. BACHOVIVS u. VINIVS, in comment. ad pr. Inst. *de adim. legator.*

86) S. oben S. 263 fg. u. das. Note 54.

ist, welche zwischen der Aufhebung eines Vermächtnisses und eines Erbrechts Statt findet, die Sache noch etwas näher ins Auge zu fassen.

Man beruft sich für diese Ansicht hauptsächlich auf die L. 1. §. 8 D. *si tabulas testamenti nullas exstab.* (XXXVIII. 6) und L. 4. §. 10 D. *de doli mali exc.* (XLIV. 4), beide von Ulpian. Von jener ist bereits ausführlicher oben die Rede gewesen⁸⁷⁾; diese lautet so:

„Praeterea sciendum est, si quis quid ex testamento contra voluntatem petat, exceptione eum doli mali repelli solere; et ideo heres, qui non habet voluntatem, per exceptionem doli repellitur.“

Es ist gewiß nicht nothwendig, diese Stelle gerade auf den Erben als solchen zu beziehen. Der Erbe kann ja auch ein Vermächtniß aus dem Testamente in Anspruch nehmen, oder es kann ihm für den Fall, daß er nicht Erbe werden würde, ein Vermächtniß ausgesetzt seyn, in welchen Fällen für ihn denn natürlich das nämliche Recht gilt, wie für jeden anderen Vermächtnißnehmer. An einen Fall der letzteren Art scheint auch Ulpian gedacht zu haben, indem er so fortfährt: „Si quis ex uncia heres sit scriptus, ex qua ducenta consequi potuit, deinde propter hoc legatum, in quo centum erant, praetulit, ne molestiis hereditariis implicaretur, an, si legatum petat, exceptione doli mali summoveatur? Et ait Julianus, non esse eum summovendum; quodsi a substituto pretium accepit — ne adeat hereditatem, petens legatum, dolo, inquit, facere intelligetur, ac per hoc doli exceptione re-

87) S. oben S. 259—261.

pelletur⁸⁸⁾. Also dem Erben ist auf den Fall, daß es nicht Erbe werden wolle, ein Anderer substituirt und zugleich ein Vermächtniß ausgesetzt. Der Beschworben und des möglichen Mißfals wegen wählt er das Vermächtniß⁸⁹⁾, und da dies in seiner Macht stand, kann seine Forderung auch nicht durch *doli exceptio* entfernt werden. Ist er aber von dem Substituten für die Ausschlagung der Erbschaft entschädigt, so kann er nicht noch außerdem das Vermächtniß fordern. Denn nach dem Willen des Erblassers soll er nicht beides zugleich, Erbschaft und Vermächtniß haben; seines Erbrechts wegen ist er aber abgefunden⁹⁰⁾. → Man kann aber auch das *ex testamento potere* (in der L. 4. §. 10 D. *de doli mali exc.*) ganz allgemein so verstehen: eine Forderung in Folge seiner Eigenschaft als Testamentserbe, indessen gegen den Willen des Testators geltend machen; z. B. er klagt gegen einen Erbschaftsschuldner, dem aber die Befreiung von der Forderung vermacht ist⁹¹⁾; oder er fordert von dem Vermächtnisinhaber das zurück, was dieser nach dem regelmäßigen Begriff dieses Vermächtnisses zuviel hat, nicht aber nach dem Willen des Erblassers⁹²⁾.

88) L. 4. §. 11 D. *de doli mali exc.*

89) Es muß nämlich so construirt werden: „*deinde legatum, in quo centum erant, propter hoc praestulit, ne molestus*“ u. s. w.

90) S. Barth. CRESII interpret. jur. Lib. II. Cap. III. Nr. 41. (in HENRICII Jurisprud. Rom. et Att. T. II. p. 346).

91) L. 22 D. *de liber. leg.* (XXXIV. 3).

92) Von einem solchen Falle handelt Ulpian in der L. 6. §. 1 D. *de pecul. legato* (XXXIII. 8). Es war Jemandem ein Peculium frei von den Schulden (non do-

Genug, es ist nicht nöthig, hierbei an einen Erben zu denken, welcher sein Erbrecht geltend macht. Allein darvon darf man noch keineswegs annehmen, daß die Stelle auf einen sein Erbrecht verfolgenden Erben überhaupt nicht gehen könne⁹³⁾. Es läßt sich nämlich so gut wie irgend etwas Anderes beweisen, daß der Grundsatz: wer dem Willen des Erblassers gegen sich hat, derselbe kann nicht wirksam aus dem Testamente klagen, oder wird mit der *doli exceptio* zurückgewiesen, — unter gewissen Voraussetzungen ganz allgemein, d. h. nicht bloß für Vermächtnißnehmer, sondern auch für Erben galt. Unterstügend für diesen Beweis ist die allgemeine Fassung der Regel: *si quis quid ex testamento contra voluntatem petit, doli mali exceptione repellit solet* (L. 4. §. 10 D. *de doli mali exe.*); ferner die entgegenstehende Rechtsregel: die *exceptio* schadet denen nicht, welche den Willen des Testirers nicht entschieden wider sich haben⁹⁴⁾, sodann die auch hinsichtlich des Erben

ducto aere alieno) vermacht. Da nun die Schuldenlast regelmäßig mit zum *peculium* gehört, so könnte es scheinen, daß dies *contra naturam legati* sey. Indessen steht es dem Erblasser frei, den Umfang einer *universitas legata* willkürlich zu bestimmen. Der Vermächtnißnehmer, welcher sich im Besitz des *peculium* befand, hatte also den Willen des Testirers für sich, konnte mithin dem vindizirenden Erben die *doli exceptio* entgegensetzen: „*habet enim in solidis rebus voluntatem aëris alieni non deducendi*.“

93) Dies behauptet Barth. Cressius in den *differentiis juris* Cap. XXXIV. Nr. 6 (in Henneccii *Jurisprud. Rom. et Att.* T. II. p. 724).

94) L. 19. §. 1 D. *de regul. jur.* „*Non solet exceptio doli nocere his, quibus voluntas testatoris non re-*

mehrmals vorkommende Berufung auf die voluntas testatoris, um darnach zu bestimmen, ob er mit Erfolg sein Erbrecht geltend machen dürfe, oder nicht⁹⁵). Entscheidend dafür ist aber folgende Stelle: „*Papinianus Lib. XHL. Quaestion. Testamento facto Titius arrogandum se praebuit, ac postea sui juris effectus vita decessit; scriptus heres, si possessionem petat, exceptione doli mali summovebitur, quia dando se in arrogandum testator cum capite fortunam quoque suas in familiam et domum alienam transferat. Plane si sui juris effectus codicillis, aut aliis litteris, eodem testamento se mori velle declaraverit, voluntas, quae defecerat, iudicio recenti rediisse intelligetur, non secus, ac si quis aliud testamentum fecisset, ac supremas tabulas incidisset, ut priores supremas relinqueret. Nec putaverit ququam, nuda voluntate constitui testamentum; non enim de jure testamenti maxime quaeritur, sed de viribus exceptionis, quae in hoc iudicio, quamquam actori opponatur, ex persona tamen ejus, qui*

fragatur.“ — Uebrigens ist diese Stelle aus Ulpianus Lib. XXIV. ad Sabinum genommen, in welchem er von der ademptio legatorum handelte. (C. Inscript. L. 3 und L. 7 D. de adimend. vel transf. legat. XXXIV. 4). Es ist also wohl kaum zu bezweifeln, daß dieser Satz sich nach seinem ursprünglichen Zusammenhange ebenfalls nur auf Vermächtnisse bezog. C. Jac. Gothofredus in comment. ad L. 19. §. 1 D. de regul. iur. (opp. min. ed. Trötz p. 781).

95) C. 1. B. L. 1. §. penult. D. de B. P. sec. tab. (XXXVII. 11). L. 1. §. 6 D. si tabulae test. nullae existat. (XXXVIII. 6).

opponit, aestimatur“⁹⁶⁾. — Wenn also der Testamentserbe die secundum tabulas B. P. aus einem Testament nachsucht, dessen Urheber durch Adrogation in eine fremde Familie gekommen ist, so steht ihm die doli exceptio entgegen, weil das Testament in Folge einer freiwilligen Handlung des Testirers seine Wirksamkeit verloren hat⁹⁷⁾. Erklärt nun aber der Testirer, nachdem er wieder dispositionsfähig geworden ist, das Testament auf irgend eine Art für seinen letzten Willen, so fällt die Exceptio weg, nicht weil ein Testament durch einfache Willenserklärung ohne alle Solennität entstehen kann, sondern weil die doli exceptio nur gegen Den zulässig ist, der den Willen des Testirers wider sich hat, nicht gegen Den, der ihn für sich hat⁹⁸⁾. — Auf ähnliche Art würde ohne Zweifel auch die Klage des Testamentserben entfernt, wenn der Testirer sonst auf eine wirksame Art zu erkennen gegeben hatte, daß er seinen Willen geän-

96) In der Compilation findet sich diese Stelle als L. 11. §. 2 D. de B. P. sec. tab.

97) Auch A. Faber führt den Grund dieser Exceptio auf den entgegenstehenden Willen des Testirers zurück, indem er bemerkt: *nisi legitimus heres agentem posset repellere per exceptionem doli, ex ea causa, quod non habeat pro se defuncti voluntatem, quippe quae per adrogationem mutata videatur.* Error. Pragmaticor. Dec. XXXIX. Err. VII. Nr. 14 in f. u. Nr. 15. Auf gleiche Weise bemerkt A. SCHULTING zu den Worten: *quia dando se adrogandum testator u. s. w.* „Et satis clare a voluntate priorē recessit.“ Notae ad Digesta ed. SMALLENBURG T. VI. p. 60.

98) So sind die Schlussworte auch oben (S. 263. Note 54.) bereits erklärt. — Vgl. auch CUIACIUS in L. XIII. Quaestion. Papin. (ed. Neapol. T. IV. p. 352 sqq.)

bert habe⁹⁹⁾. — Nur könnte es sehr auffallend erscheinen, daß hier überhaupt von einer *Exceptio* gesprochen wird, da doch durch Abrogation z. B. das Testament *ipso jure* aufgehoben wird¹⁰⁰⁾. Indessen verhält es sich damit so: Ein nach den strengen Grundsätzen des Civilrechts vernichtetes oder überall nicht zu Recht beständiges Testament konnte doch nach prätorischem Rechte wirksam seyn, sobald es nur in einer solchen Gestalt vorhanden war, daß der Prätor daraus eine *secundum tabulas Bon. Poss.* gab. Ob diese *Bonorum Possessio* wirksam (*cum re*) war, oder nicht, das hing wieder von besondern Gründen ab. Hatte der *Bonorum possessor* ein nur nach prätorischem Rechte gültiges Testament und den Willen des Testators für sich, so setzte er der *hereditatis petitio* des Intestaterben die *doli exceptio* entgegen¹⁾. Umgekehrt verhielte es sich, wenn ihm der Wille des Erblassers nicht zur Seite stand. Seiner *Vindication* stand die *doli exceptio* entgegen und war er im Besiz, so hatte er keine wirksame Einrede gegen die Klage des Intestaterben. So erklärt es sich denn, daß auch ein durch Abrogation vernichtetes Testament erst noch durch die *doli exceptio* zu entkräften war, wenn es nämlich in einer äusseren Form so existirte, daß dar-

99) L. 1. §. 3 D. *si tab. test. nullae exstab.* (XXXVIII. 6).

Hier ist nicht buchstäblich von der *doli exceptio* die Rede, aber sonst sind die Ausdrücke ähnliche, wie in den übrigen Stellen, welche auf die Berücksichtigung des entgegenstehenden Willens hinweisen.

100) §. 4 u. 5 J. *quib. mod. infirm. test.* — Vgl. A. FABER *error. Pragmat. Dec. XXXIX. Err. 7.*

1) C. GAYI *Instit. L. II. §. 120 in J.* — Vgl. Bd. 36 des Commentars §. 1421 h. C. 312 fgg.

aus eine sec. tab. Bonorum possessio nachgesucht werden konnte²⁾).

Wenn nun hieraus sich ergibt, daß allerdings auch dem Erben, welcher sein Erbrecht verfolgte, aber den Willen des Testirers wider sich hatte, die doli exceptio entgegengesetzt werden konnte, so folgt doch darum noch nicht, daß auf die Art, wie der entgegenstehende Wille ausgesprochen war, keine Rücksicht genommen werden durfte, m. a. W. daß die doli exceptio auch dem Testamentserben allemal entgegenstand, wenn der Erblasser auf irgend eine Weise seinen entgegenstehenden Willen auf erweisliche Art an den Tag gelegt hatte. Es ist oben (§. 258 fgg.) bereits nachgewiesen, daß ein eigentliches Testament nur durch ein neues Testament widerrufen werden konnte, bis zuerst der A. Honorius, und dann Justinian andere Aufhebungsarten einführten. Wollte nun der Intestaterbe dem die B. P. nachsuchenden Testamentserben die doli exceptio wegen Willensänderung wirksam entgegensetzen, so mußte nachgewiesen werden, daß der Erblasser seinen geänderten Willen auf die rechte Art ausgesprochen habe. Anders verhielte es sich bei Vermächtnissen, indem es hier nur auf den Beweis ankam, daß der Testirer seinen Willen geändert habe.

Diese Verschiedenheit zwischen der Aufhebung einer

- 2) Vgl. Cujacius ad Papin. Quaest. ed. Neapol. T. IV. p. 353. Barth. Gessius in den Interpretation. jur. L. I. Cap. V. Nr. 13 u. 24. (In Harpocrii jurispr. Rom. et Att. T. II. p. 38 sqq.). Alb. Dieter. Trebell. de origine et progressu testamentifactionis apud Romanos Cap. III. §. 51. p. 179. — Der Hauptsache nach stimmt auch die Ansicht von A. Faber a. a. O. Nr. 15 sqq.; damit überein, obgleich die späteren Schriftsteller ihn gewöhnlich als Dissidenten anführen.

Erbeinsetzung und eines bloßen Vermächtnisses ist in folgenden Stellen sehr deutlich anerkannt:

„*Papinianus Lib. VI Responsorum: Ex parte heres institutus etiam legatum acceperat. Eum testator inimicitias gravissimis persecutus, quum testamentum aliud facere instituisset, neque perficere potuisset, praeteriit: hereditariae quidem actiones ei non denegabuntur, sed legatum si petat, exceptione doli mali summovebitur*“³⁾. — Also

auch aus einem unvollendeten Testamente steht dem Vermächtnißnehmer, welcher die in dem ersten Testamente ihm hinterlassenen Vermächtnisse fordert, die doli exceptio entgegen, obwohl das erste Testament nicht rumpirt ist. Letzteres ist aber der Grund, weshalb der entgegenstehende Wille dem Erben als solchen nicht schadet⁴⁾.

„*Id. eod. libro: Veteranus moriens testamentum jure communi tempore militiae factum irritum esse voluit, et intestatus esse maluit; heredum institutiones et substitutiones in eodem statu mansisse placuit, legata vero petentes exceptione doli mali secundum jus commune summoverti*“⁵⁾. — Da das Testament, welches der jetzige Veteran nicht mehr gelten lassen wollte, unter den gemeinrechtlichen Formen errichtet war, so konnte es auch nur durch ein förmliches Testament widerrufen werden⁶⁾. So deutlich nun auch hier der Gegensatz zwischen Erbeinsetzung und Vermächtnissen ausgesprochen ist, so ist doch der Versuch ge-

3) L. 22 D. de adimendis vel transfer. legat. (XXXIV. 4).

4) G. Cujacius ad Lib. VI. Responsor. Papiniani (ed. Neapolit. T. IV. p. 1085).

5) L. 36. §. 3 D. de testam. milit. (XXIX. 1).

6) G. oben Rot. 32. C. 293.

macht; die Stelle anders auszulegen. Joh. Wilh. Marckart ist auch hier wieder der eifrigste Gegner⁷⁾; da eine buchstäbliche Interpretation seiner oben bereits widerlegten Ansicht, daß von jeher ein erweislicher Widerspruch das Testament vernichtet habe, geradezu entgegensteht. Zwar verschmäht er die Auslegung, welche die Interpunction in der Ausgabe von Bauboga

„Veteranus moriens testamentum jure communi, tempore militiae factum, irritum esse voluit“ —

ihm darbot, nämlich zu sagen: der Testator habe das Testament nicht durch den bloßen entgegenstehenden Willen, sondern nach der strengen Rechtsregel (*jure communi*) aufheben wollen, und darum habe das nicht vollständig erklärte zweite Testament auch das frühere nicht rumpiren können⁸⁾. Allerdings fühlte er wohl, daß er dadurch den bestrittenen Satz — die leichtere Möglichkeit, Legate als Erbeinsetzungen aufzuheben, geradezu zugebe. Darum schlägt er einen anderen Weg ein. Nach seiner Meinung nun brücken die Worte: *heredum institutiones in eodem statu mansisse placuit, legata vero u. s. w.* keinen eigentlichen Gegensatz aus, sondern sie beziehen sich nur auf das vorgelegte *factum*. Gefragt wurde: Können die Vermächtnißnehmer ihre Vermächtnisse von den eingesetzten Erben fordern? Die Antwort sey: Nein, denn sie haben den Willen des Testators gegen sich, folglich steht ihnen *doli exceptio* entgegen. Es sey hier also gar nicht die Rede von einem Streit zwischen den Intestaterben und den Testamentserben, und in soferne

7) MARCKART interpret. receptar. jur. civil. Section. L. II. Cap. II.

8) l. l. p. 185 sq.

habe der Jurist sagen können: *heredum institutiones in eodem statu mansisse (!)*. Anders würde der Jurist geantwortet haben, wäre ihm die Frage vorgelegt, ob nicht die Intestaterben dem Testamentserben vorgehen müßten? worauf er ohne Zweifel bejahend geantwortet haben würde⁹⁾. — Das Gegentheil glauben wir dreist versichern zu dürfen; denn wäre auch die Stelle nicht so klar, wie sie ist, so würde Papinian doch schwerlich hier eine andere Antwort gegeben haben, als in dem oben referirten und von ihm in demselben Buche der Responsen vorgetragenen Falle¹⁰⁾.

Zwar hat man sich auch wohl noch auf die L. 12 D. *de his quae ut indign.* (XXXIV. 9) zum Beweise berufen, daß es Fälle gegeben habe, wo bloß darum, weil der Testamentserbe nicht die *suprema voluntas* für sich habe, derselbe von der Erbschaft ausgeschlossen worden sey. Allein die Stelle beweist hier überall nichts, da sie von dem besonderen Rechte des Fiscus spricht, wegen Indignitätsklärung des Erben dessen Erbtheil an sich zu ziehen¹¹⁾.

Was nun den Grund dieser Verschiedenheit anbetrifft, so ist derselbe nicht schwer zu erkennen. Das Testament bezieht sich der Hauptsache nach nur auf den Erben, Ver-

9) MAROKART I. I. 5. 3. p. 189 sqq.

10) Die richtige Erklärung dieser Stelle findet sich fast bei allen älteren und neueren Auslegern. Ich nenne hier nur die Gl. Acc. a. u. b. ad h. l. JAC. CUIACIUS in L. VI. Resp. Papin. (T. IV. ed. Neapolit. p. 1075). Barth. CHESIIUS in differ. jur. Cap. XXXIV. Nr. 5. (in HEINECCIUS jurispr. Rom. et Att. T. II. p. 723).

11) S. hier insonderheit POTHIER ad tit. *de adim. vel transfer. legatis*. Nr. V. Note i. (Pand. Justin. T. II. p. 480) u. vgl. oben S. 263. Rot. 54.

mächtnisse sind unwesentliche Theile desselben. Darum schadete ungültige Erbeinsetzung den Vermächtnissen; nicht aber umgekehrt¹²⁾, darum konnte ein Legatar, nicht aber der Erbe Sene bei der Testamentshandlung seyn¹³⁾ u. s. w. Ueberdies ist das Verhältniß zwischen Erben und Legatar ein ganz anderes, wie das zwischen Testaments- und Intestat-Erben. Nach dem Willen des Testators hat der Vermächtnisnehmer ein Forderungsrecht gegen den Erben, es ist daher sehr natürlich, daß der entgegenstehende Wille des Testators dem Erben auch eine exceptio wider diese Forderung verschaffe. Dagegen das Verhältniß zwischen Testaments- und Intestaterben ist lediglich darnach zu bestimmen, ob ein rechtsgültiges Testament in der Mitte liege, oder nicht. Endlich mußte man um so eher geneigt seyn, die Nothwendigkeit einer förmlichen Aufhebung der Legate aufzugeben, da Codizillarverfügungen aller Art zur Zeit der juristischen Klassiker ohne alle Form errichtet werden konnten; es würde daher geradezu inconsequent gewesen seyn, die indirecte prätorische Aufhebung (per exceptionem) die Wirkung einer nur schlecht hin erklärten Aufhebung der Legate versagen zu wollen¹⁴⁾.

Durch diese Erörterung über das vorjustinianische Recht sind wir nun in den Stand gesetzt, mit wenig Worten die oben (§. 320 fgg.) aufgeworfene Frage zu entscheiden. — Justinian spricht in der L. 27 C. de

12) L. 17 D. de injusto, rupto, irrito facto test. (XXVIII. 2).

13) §. 10 u. 11 J. de testam. ordin.

14) Etwas anders sucht Barth. CRESIUS (differ. Cap. XXXIV. Nr. 6 bei HEINECCIUS p. 723. 724) den Unterschied zu erklären. Eine Vergleichung muß ich dem Leser überlassen, da es nicht die Mühe lohnt, die etwas verworrene Erklärung hier auszugiehen.

testamenti nur von dem Widerruf des Testaments im Ganzen, nicht von der Aufhebung einzelner darin enthaltenen Verfügungen. Hätte man über die letztere nicht schon vorher ein besonderes Recht gegolten, so würde man allenfalls sagen können, daß auch Vermächtnisse nicht anders aufgehoben werden könnten, als durch neues Testament, physische Verstorbenheit des alten und Widerruf vor drei Zeugen oder vor Gericht, in Verbindung mit einem zehnjährigen Zeitablauf. Jetzt aber ist eine solche Auslegung nach juristischen Grundsätzen ganz unmöglich, theils wegen der Regel: *species generi derogat*, theils weil Justinian gewiß nicht beabsichtigte, den Widerruf letztwilliger Verfügungen mehr zu erschweren, als bisher der Fall gewesen war; sondern nur, die Novierung des R. Honorius aufzuheben, oder vielmehr einzuschränken, daneben aber auch den Testatoren es möglich zu machen, ein Testament, welches ihnen gerade nicht zur Hand war, ohne Errichtung eines neuen Testaments aufzuheben.

In Ansehung der Vermächtnisse besteht also das frühere Recht unverändert; sie können nämlich durch jede erweisliche Willensänderung des Testators, ausdrücklich und stillschweigend aufgehoben werden¹⁵⁾. So wenig daher Justinian's Verordnung hier anzuwenden ist, eben so sind auch die besonders bei den älteren Juristen herrschenden Meinungen, wonach die Aufhebung der Vermächtnisse bald vor fünf bald vor zwei Zeugen erklärt werden soll¹⁶⁾, unbedenklich zu verwerfen.

15) S. Weber zu Höpfner's Institutionen-Commentar S. 518. Note 6 u. C. Nr. 1.

16) Sie finden sich bei Stryp in den cautel. testam. Cap. XLV. §. 41 erwähnt.

§. 1430.

b) Von der Realrevocation durch neues Testament.

Die wichtigste der s. g. Realrevocationen ist: Errichtung eines neuen Testaments. — Ein späteres Testament hebt das frühere auf¹⁷⁾, das letzte geht allen vorausgegangenen vor¹⁸⁾; und zwar tritt diese Wirkung ganz von selbst ein, ohne daß es einer ausdrücklichen Aufhebung der früheren Testamente in dem späteren bedarf¹⁹⁾. Dies beruht an sich auch so sehr in der Natur der Sache, daß es nicht erst erklärt zu werden braucht, ja man muß es höchst auffallend finden, wenn Particulartechte erfordern, daß das frühere Testament in dem späteren ausdrücklich widerrufen werde²⁰⁾. Denn ist es Jemandem

17) GAYI Inst. II, 144. §. 2 J. *quib. mod. test. infirm.* — ULPIANI Fragm. XXIII. 2.

18) C. QUINTILIANI declamat. 308. „*Testamenta ultima rata sint;*“ oder „*manifesta legis voluntas est, ut id testamentum valeat, post quod nullum testamentum est.*“ C. auch L. 1. §. 1 D. *de B. P. sec. tab.* — „*tabulas — Praetor sequitur supremas.*“ — Daher auch die Ausdrücke *supremum iudicium*, *suprema voluntas*, *postremum iudicium*, oder bei dem Dichter (VALER. MARTIALIS epigrammat. Lib. IV. Epigr. 70) *ultimae veras* für Testament; denn nur der zuletzt ausgesprochene Wille gilt dafür. Vgl. SCHRADER ad §. 2 Inst. *quib. mod. test. infirm.* init.

19) L. 27 C. *de testam.* — — „*si perfectissima est secundi testamenti confectio, ipso jure prius tollitur.*“ — VINNIUS ad §. 2 Inst. *quib. mod. test. infirm.* in notis.

20) B. B. Frankf. Reform. Th. IV. Tit. 7. §. 2. — Vgl. auch Cod. civil. Art. 1036, worin der Widerruf alsdann

gestattet, so oft er will über ein Rechtsobject zu verfügen, so versteht es sich von selbst, daß die letzte Verfügung über das nämliche Object alle übrigen ausschließen muß. Nur Das kann gefragt werden: weshalb das letzte Testament bei den Römern (wenigstens in der früheren Zeit) unbedingt ausschließend war, so daß also der in einem vorausgegangenen Testamente eingefetzte Erbe auch alsdann vollständig ausgeschlossen wurde, wenn der im folgenden Testamente ernannte nur auf einen Theil ein-

für nöthig erachtet wird, wenn das folgende Testament nicht seinem ganzen Inhalte nach schlechthin unverträglich ist mit dem früher errichteten. Indessen so lange nur noch von dem die Rede ist, was die Sache von selbst mit sich bringt, setzen auch wir natürlich voraus, daß in dem späteren Testamente über das Ganze verfügt sey. — Uebrigens streiten die französischen und niederländischen Juristen darüber, ob nicht der ausdrückliche Widerruf besondere Rechtswirkungen habe? namentlich: ob nicht das frühere Testament dadurch für aufgehoben zu halten sey, auch wenn das spätere, als unvollkommenes, nicht bestehen könne, — ob der Mangel des ausdrücklichen Widerrufs nicht die Folge habe, daß das frühere Testament wieder gültig werde, wenn das folgende wirkungslos werde, z. B. durch Ausschlagung der Erbschaft. (Vgl. GARNIER diss. de testamentor. revocatione p. 14). Nach dem röm. Rechte kann die letztere Frage schon gar nicht aufgeworfen werden (S. 2 Inst. quib. mod. test. infirm. „Posteriori testamento superius rumpitur, nec interest, an exstiterit aliquis heres ex eo, an non exstiterit“), und auch die erstere muß nach gemeinrechtlichen Prinzipien verneint werden, indem einem Testament, welches nicht als ein vollständiges nach dem Willen des Testirers bestehen kann, überall keine Wirkungen zugeschrieben werden dürfen (S. 7. Inst. cod.).

gesetzt war²¹⁾. Doch ist der Grund davon nicht eben weit zu suchen. Durch das Testament verfügt der Erblasser über die familia; hierunter ist nun aber nicht etwa eine theilbare Masse von Vermögensobjecten zu verstehen, sondern eine ungetrennbare Einheit von Rechten und Verbindlichkeiten, die vermögensrechtliche Person des Erblassers, wie Huschke sehr bezeichnend sagt²²⁾, weshalb es denn in sich widersprechend erscheinen mußte: über die familia verfügen, und dennoch die Verfügung auf einzelne Objecte oder Theile beschränken wollen²³⁾. Man könnte wohl gar annehmen, daß ursprünglich deshalb nur ein Erbe ernannt werden durfte, welcher alsdann an Andere das zu entrichten hatte, was ihm der Testirer auftrug²⁴⁾. Indessen berief doch auch das Gesetz mehrere gleich nahe Verwandte zur Erbschaft, und so scheint es denn, daß die aus dem Begriff der familia abzuleitenden Beschränkungen der Testirfreiheit von jeher nur ob-

21) In der Folge wurde dies freilich modificirt. S. §. 3 J. quib. mod. test. infirm. Das Nähere hierüber s. beim folgenden §.

22) S. dessen Abhandlung über die Rechtsregel: Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest, in dem Rhein. Museum Bd. VI. Nr. VIII. u. das. besonders S. 274 — 281 u. S. 296 fgg.

23) Vgl. Dernburg Beiträge zur Gesch. der röm. Testamente S. 313 fg.

24) Zur Unterstützung dieser Meinung könnte dann noch angeführt werden, daß bei der Beschreibung des alten Mancipationstestaments allenthalben nur von einem familiae emptor die Rede ist, (s. GAI Inst. II. 102. ULP. FRAGM. XX. 2), welcher doch, wie wir mit überwiegender Wahrscheinlichkeit annehmen dürfen, ursprünglich der eigentliche Erbe war. S. oben S. 255 fgg. Not. 45.

jectiver, nicht subjectiver Art gewesen seien, d. h. daß die familia zwar ganz manzipirt werden mußte, die hereditas aber Mehrere haben konnten²⁵⁾. So lange nun also die Manzipationstestamente die allein übliche Form für letztwillige Verfügungen eines Nichtsoldaten waren, verstand sich die ausschließliche Geltung nur eines Testaments von mehreren, die denselben Urheber hatten, ganz von selbst. Aber auch die prätorische Testamentsform konnte auf dies Recht direct keinen Einfluß haben, indem ja der Prätor aus einem mit sieben Zeugen Siegeln besiegelten Testamente eine secundum tabulas Bon. Possessio gab, wie wenn förmlich manzipirt wäre, und eben so wenig wurde hierin durch die unter den christlichen Kaisern aufgekommene neue Testamentsform etwas geändert, wie denn ja überhaupt Rechtsbegriffe und Grundsätze, welche sich unter dem Einflusse einer alten Rechtsform gebildet haben, mit dem Verschwinden derselben noch keineswegs ihre alte Bedeutung verlieren²⁶⁾.

So ist denn also ein Zusammenhang zwischen der Regel: *nemo paganus pro parte testatus pro parte intestatus discedere potest* und zwischen unserem Grundsatz unverkennbar, indem die juristische Consequenz erfordert, daß, wenn überhaupt nicht theilweise verfügt werden darf, auch eine Zertheilung der familia durch meh-

25) Vgl. Huschke a. a. O. S. 275 — 281.

26) Beispielsweise berufe ich mich hier nur auf die Fideicommission (mein Lehrb. des Pand. R. S. 144) und auf die Emancipation, L. ult. C. de emancip. (VIII. 49). S. ult. J. de legit. agnator. success. — „emancipationes liberorum semper videantur contracta fiducia fieri.“ — Vgl. auch WENCKE praef. ad HUBOLDI opuscula. Vol. I. p. XXXII.

tere Dispositionen nicht geschehen könne. Auf diesen Zusammenhang weist denn auch Ulpian sehr deutlich hin, wenn er sagt: ein Soldat könne aus mehreren Testamenten beerbt werden („*militi licet plura testamenta facere*“) weil es ihm gestattet sey, wirksam auch über Theile seines Vermögens zu verfügen und es im Uebrigen bei der Intestaterbfolge zu belassen: „*quum et ex parte heredem instituere possit, hoc est, ex parte testato ex parte intestato decedere*“²⁷⁾).

Dennoch aber hat die Regel: *nemo pro parte testatus u. s. w.* ihre eigenthümliche Bedeutung; so daß eine Argumentation aus derselben auf mehrere testamentarische Dispositionen des nämlichen Erblassers nicht nur sehr bedenklich, sondern durchaus unzulässig erscheint.

Zuvörderst drängt sich uns die Frage auf: wie kam es, daß die alterthümliche Rechtsregel immer nur auf einen Widerstreit der beiden möglichen Delationsgründe des Erbrechts bezogen wurde? „*Unius pecuniae plures dissimilibus de causis heredes esse non possunt, nec unquam factum est, ut ejusdem pecuniae alius testamento, alius lege heres esset*“, sagt Cicero²⁸⁾, und Pomponius: „*Jus nostrum non patitur, eundem in paganis et testato et intestato decessisse, earumque rerum naturaliter inter se pugna est, testatus et intestatus*“²⁹⁾. Nirgends findet sich eine solche Regel in Beziehung auf das Verhältniß mehrerer Testamente ausgesprochen; denn nur die Neueren haben sich durch Abstraction die Regel gebildet: *nemo cum pluribus testamentis decedere potest*. Zwar hat es

27) L. 19 pr. D. de test. milit. (XXIX. 1).

28) CICERO de invent. L. II. c. 21.

29) L. 2. D. de reg. jur.

seine Wichtigkeit, daß über die s. g. directe Erbfolge nicht durch mehrere neben einander bestehende Testamente verfügt werden konnte. Nur für einen Soldaten war dies möglich, da hier lediglich der Wille des Testirers und nicht die Form der Verfügung die Wirkung der Disposition bestimmte; in dieser Hinsicht sagt denn Ulpian: *militi licet plura testamenta facere*³⁰⁾, woraus sich denn allerdings ergibt (was aber auch ohnehin ausser Zweifel ist): ein Paganus könne so nicht verfügen, d. h. die juristische Consequenz bringe es mit sich, daß man nicht aus verschiedenen Testamenten direct beerbt werden könne³¹⁾. Hievon aber abgesehen, kommt immer nur der Wille des Testirers in Betracht, oder: directe und indirecte (fideicommissarische) Erbfolge kann ganz unbedenklich neben einander bestehen³²⁾. Die familia kann nur aus einem Testament vererbt werden; so schließt also das letzte ein früheres in dieser Hinsicht immer aus, ja, ist in dem letzten nicht auf eine solche Art verfügt, daß sich der Wille des Testirers erkennen läßt, auch das frühere seinem Inhalte nach gelten zu lassen, so muß es dieses nothwendig vollständig ausschließen. Im entgegengesetzten Falle aber hat der im letzten Testamente eingesetzte Erbe den im ersten ausgesprochenen Willen des Erblassers wie andere ihm gemachte Auflagen anzuerkennen und zu erfüllen. Und dies darf nicht etwa als spä-

30) L. 19 pr. D. de test. milit. — Vgl. Huschke a. a. D. S. 326.

31) Ueber eine durch den Prätor vermittelte Ausnahme (L. 1. §. 6 D. de Bon. poss. sec. tab.), deren Daseyn freilich noch sehr streitig ist, s. den folg. §. und oben S. 83. Note 86 d. Bdes.

32) L. 12. §. 1 D. h. t. — §. 3. J. quib. mod. test. infirm.

ter erst aufgekommeneß Recht betrachtet werden. Fideicommissa sind ohne Zweifel sehr alt³³⁾; eigentlich ungiltig waren nur die gegen gesetzliche Verbote gemachten fideicommissarischen Zuwendungen³⁴⁾, — die fideicommissa tacita (die heimlichen), wie sie auch hießen³⁵⁾.

33) Dafür spricht nicht bloß die Beschreibung der ältesten Mancipationstestamente bei Gaius (II. 102 — — „amico familiam suam — mancipabat, cumque rogabat, quid cuique post mortem suam dari vellet“), sondern es wird auch durch die bei Cicero vorkommenden Fideicommiss-Fälle bewiesen, aus denen sich zugleich ergibt, daß die im Testamente bittweise gemachten Aufträge, erfüllt werden mußten, wenn sie nur nicht gegen bestehende Gesetze waren (Cic. de finih. II. cap. 17. 18. Ders. in Verr. II. L. 1. c. 47. Vgl. Valer. Maximi dictor. factorumq. memorabilium Lib. IV. Cap. 2. Nr. 7). Nichtsdestoweniger kann man die Aeußerung Justinian's: „omnia fideicommissa primis temporibus infirma fuisse“ (§. 1. Inst. de fideic. heredit.) ganz buchstäblich verstehen, ohne daß hieraus folgen würde, sie hätten zur Zeit der freien Republik noch überall keine juristische Wirksamkeit gehabt. Ueberdies gehen auch die in den Institutionen (I. I.) und von Theophilus ad h. I. vorgetragenen Anwendungen auf solche Fälle, wo die fideicommissarischen Anordnungen contra legem scriptam waren. Man kann endlich zugeben, daß die Neuerung unter Augustus (die Anordnung eines Magistratus zum Rechtsprechen über die Fideicommissa und überhaupt das Aufkommen fester Rechtsgrundsätze über Dispositionen dieser Art, §. 12 J. de fideic. heredit.) alle und jede Fideicommissa umfaßte, ohne daß daraus folgt: früher seien Fideicommissa überhaupt nicht juristisch bindend gewesen.

34) S. die vor. Note, und besonders die daselbst sich findenden Citate aus Cicero.

35) S. §. B. L. 103 D. de leg. I. L. 1 C. de delatorib. (X. 11).

Die Relationen in den Quellen, welche man gewöhnlich auf das erste Aufkommen der Fideicommissse bezieht, gehen theils nur auf Milderungen jener Verbote, theils auf die Möglichkeit, ohne eigentliches Testament solche Verfügungen zu treffen ³⁶).

Ganz anders verhält sich die testamentarische zur Intestat-Erbfolge. Durch Testament wird die gesetzliche Erbfolge mit Nothwendigkeit vollständig ausgeschlossen. Nur durch testamentarische Disposition wird es alsdann überhaupt noch möglich, den Intestaterben etwas zuzuwenden, ist dies aber geschehen, so ist nun der Erblasser immer testatus verstorben ³⁷). Daher konnte denn Pomponius mit buchstäblicher Wahrheit sagen: *earum rerum naturaliter inter se pugna est, testatus et intestatus* (s. Note 29). Modificationen hievon kommen nur folgende vor: a) der Erblasser kann seine Intestaterben mit Fideicommissen belasten ³⁸). Allein abgesehen davon, daß dies erst möglich wurde, seitdem die Codicillar-Verfügungen aufkamen, so existirt hier ja überall kein eigentliches Testament, wenn aber Niemandem durch Testament die familia zugewandt ist, so darf man auch

36) Pr. Inst. de codicill.

37) Huschke a. a. D. §. 330.

38) L. 8 pr. D. de jure codicillor. (XXIX. 7). — Und auch hier wird noch der Gesichtspunct angenommen, daß der Erblasser zum Besten seiner Intestaterben testamentarisch verfügt habe. So sagt Paulus (in L. 8. §. 1 D. de jure codicillor.): *Sed ideo fideicommissa dari possunt ab intestato succedentibus, quoniam creditur paterfamilias sponte sua his relinquere legitimam hereditatem.*“

nicht von der Concurrenz einer testamentarischen und gesetzlichen Erbfolge, sondern bloß von einer Beschränkung der letzteren sprechen. — b) Sodann können in Folge gewisser Impugnativmittel gegen ein Testament gewisse Verfügungen desselben aufrecht erhalten werden³⁹⁾, nämlich bei *contra tabulas B. P.*⁴⁰⁾ und *querela inofficiosi testamenti*⁴¹⁾. Indessen hier ist es ja überall nicht der Wille des Erblassers, wodurch ein solches Resultat herbeigeführt wird; darauf allein aber geht die Regel. Es heißt nämlich nur: es ist unmöglich, daß beim Tode des Erblassers aus einem doppelten Grunde, theils durch Testament, theils *lege deferitur* werde, oder: es könne Niemand *ex parte testatus, ex parte intestatus decedere*⁴²⁾;

39) Man vgl. im Allgemeinen hiermit Huschke a. a. D. S. 317 fgg. u. S. 333—364. — Der Commentar über den §. 1440 in dem Titel *de hered. instituendis* wird mir Veranlassung geben, nicht bloß die verschiedenen Meinungen über den Grund der Regel: *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* näher zu beleuchten, sondern auch Huschke's neue Ansichten über die Modificationen dieser Regel zu prüfen, was um so nöthiger seyn wird, als dieselben zum Theil gegen die in den vorausgehenden Bänden dieses Commentars vortragenen gerichtet sind.

40) S. hierüber Bd. 37 d. Comment. S. 8—52. Vgl. damit Huschke a. a. D. S. 317—320. S. 333—336.

41) S. hierüber namentlich L. 24 in f. D. *de inoff. test.* (— „pro parte testatus, pro parte intestatus decedisse videbitur“) u. Bd. 35 d. Comment. S. 362—437. Vgl. damit Huschke a. a. D. S. 336—358.

42) S. Seuffert im Archiv für civilist. Praxis Bd. III. Abhandl. XV. §. 6. 7. S. 219 u. S. 220. Note 26. Huschke a. a. D. S. 337.

keineswegs aber wird gesagt: es sey nicht möglich, daß ein Testament nur zum Theil realisirt werde. Vielmehr heißt es in dieser Beziehung: „*nec absurdum videtur, pro parte intestatum videri*“⁴³⁾, oder: es kann gar wohl in Gemäßheit gesetzlicher Bestimmung oder richterlichen Erkenntnisses dahin kommen, daß nur ein Theil der testamentarischen Disposition bei Kräften bleibt, folglich in Ansehung des übrigen Vermögens Intestaterbfolge eintritt.

Fassen wir nun noch einmal Alles kurz zusammen. Wir finden im römischen Rechte die völlig ausnahmslos bestehende Regel: Wer ein Testament macht, kann nicht für einen Theil seines Vermögens Intestaterbfolge eintreten lassen wollen. Dagegen ist es sehr wohl möglich, daß Jemand durch mehrere Testamente wirksam über sein Vermögen disponire, wenngleich die hereditas oder die s. g. directe Erbfolge nur durch eines übertragen werden kann. Allerdings lassen sich diese Einschränkung und jene Regel aus einem Prinzip ableiten; ihre practische Bedeutung ist aber durchaus verschieden. Die Regel stellt beide Delationsgründe in einen entschiedenen Gegensatz, so daß der eine durch den anderen ganz ausgeschlossen wird; hinsichtlich mehrerer Testamente aber führt die Unzulässigkeit einer getheilten familiae mancipatio nur zu einer Beschränkung in Ansehung der Art der Succession, im Uebrigen geht Alles nach dem Willen des Erblassers. Durch dieses practische Uebergewicht der Regel wird denn auch die Entstehung derselben und die Art ihrer Fassung hinreichend erklärt. Eine Regel, welche so lautete: *nemo pluribus testamentis decedere potest*, konnte nur in

43) L. 15. §. 2 D. *de inoff. test.* — Ähnlich heißt es in L. 19 *cod.*: „*pro parte intestata efficiatur.*“

einer gewissen Beziehung wahr seyn, und daher leicht mißverstanden werden. In der That existirt eine solche Regel auch nicht; denn obgleich Ulpian sich über das Recht der Soldaten einmal so äußert, als hätte für Nichtsoldaten die Regel gegolten: *Pagano non licet plura testamenta facere* (Note 30), so dürfen wir hierin doch nur den Ausdruck eines für Jem. geltenden Rechts in einer Form finden, welche nach dem ganzen Zusammenhange nicht mißverstanden werden könnte.

Was nun die practische Anwendung dieser Sätze anbetrifft, so haben wir unläugbar mit dem römischen Testamentsrecht auch den Grundsatz angenommen, daß die testamentarische Verfügung in Beziehung auf directe Erbfolge ausschließlich sey, selbst in dem Fall, wenn der Testirer nur über einen Theil seines Nachlasses verfügen würde, weshalb denn, in Ermangelung entgegenstehender particularrechtlicher Bestimmungen, auch nur die Ausnahmen davon zugelassen werden können, welche das röm. Recht anerkennt⁴⁴⁾. Nur das besondere Recht der Erb-

- 44) Neuere Particularrechte haben freilich bisweilen den ganzen Satz aufgehoben. S. das allg. Landrecht: für die Preuß. St. Th. I. Tit. 12. §. 572 — 574. Darnach gilt der in dem folgenden Testamente ernannte Erbe nur für einen Miterben des früher eingesetzten, wenn der Testirer erklärt hat, daß das erste Testament bei Kräften bleiben solle. Aehnlich ist die Sache in dem allgem. bürgerl. Gesetzbuch für die Oesterreichischen Staaten §. 713 bestimmt. Doch wird hier zugleich verordnet, daß, wenn in dem späteren Testamente der Erbe nur zu einem Theile der Erbschaft berufen werde, das frühere Testament ganz aufgehoben seyn und der Theil, worüber nicht disponirt ist, den Intestaterben zufallen solle. Das Preussische Recht entscheidet diesen letzteren Punct überall nicht. Nach den allgemeinen Prinzipien dieses Gesetz-

verträge zwingt uns, hier noch einen Schritt weiter zu gehen. Zwar hebt ein Erbvertrag das vorausgegangene

buch über Erbrecht, soviel dieselben mit Sicherheit erkannt werden können, würde in einem solchen Falle die letzte Disposition nur als Einschränkung der früheren anzusehen seyn, und zwar der in diesem Eingefeste eigentlichen Erbe bleiben, der in dem letzteren Bedachte die Rechte eines bloßen Vermächtnißnehmers haben. Die Bestimmung des Landrechts nämlich, daß in Ansehung des Theils, worüber nicht disponirt ist, die gesetzliche Erbfolge eintrete (Ch. I. Tit. 12. §. 45. §. 256—258), oder m. a. W. die Regel: Nemo pro parte testatus u. s. w. nicht gelten solle, kann hier nicht eingreifen, indem dabei vorausgesetzt wird, daß nicht schon ein Testament existire, oder das vorhandene gültig aufgehoben worden sey. Eben so wenig kann hier die Vorschrift zur Anwendung kommen, daß ein Testament, welches durch ein späteres aufgehoben ist, wenn auch dieses nicht bestehen kann, dennoch nicht wieder zu Kräften komme, sondern die gesetzliche Erbfolge Statt finde (Landr. a. a. O. §. 580). Denn eben die Voraussetzung, daß durch das letztere Testament das frühere aufgehoben sey, tritt hier nicht ein, vielmehr ist hier das Prinzip, worauf die gleich folgende Vorschrift (§. 581) beruht, anzuwenden: daß das frühere Testament seine Gültigkeit behalte, wenn bei dem späteren nicht einmal die Erfordernisse eines gültigen Widerrufs anzutreffen seien. Ein Testament ist nämlich nach dem Preussischen Landrecht nur vorhanden, wenn der Erblasser über den ganzen Inbegriff seines Nachlasses verfügen will. Beziehen sich seine Anordnungen ausdrücklich nur auf gewisse Stücke, Summen oder Antheile (also partes quotae) seines Nachlasses, so ist die Verfügung nur ein Codicill, wenn auch der Testator die Honorirten Erben genannt haben sollte (Landr. a. a. O. §. 4. 5. §. 254—257). So wie nun diese Honorirten im Verhältnisse gegen die Intestaterben nur als

Testament ebenfalls auf, wenn dadurch über den Nachlaß vollständig verfügt wird⁴⁵⁾; auch kann der Inhalt eines Testaments auf ähnliche Art in den Erbvertrag aufgenommen werden, wie der eines früheren Testaments in das spätere, so daß der Vertragserbe als directer Erbe dasselbe zu erfüllen hat⁴⁶⁾. Eine andere Frage aber ist: ob eine Disposition theilweise durch Testament und theilweise durch Erbvertrag so erfolgen könne, daß Testaments- und Vertragserbe als directe Universalerben neben einander succediren? Diese Frage ist bereits oben (S. 80—84 dieses Bandes) zur Sprache gebracht und bejahend beantwortet. Hier mag

Legatarien anzusehen sind (ebendaf. S. 258), so ist auch ihr Verhältniß gegen den früheren Testamentserben auf gleiche Weise zu bestimmen, indem ja durch eine solche Verfügung das frühere Testament nicht aufgehoben werden kann (arg. S. 572. S. 582. S. 587). Allerdings ist auch in dieser Materie der Ausdruck des Gesetzbuchs keineswegs so bestimmt und genau, als man das nach den gemachten Vorarbeiten wohl erwarten dürfte; so kann es namentlich leicht mißverstanden werden, wenn es S. 572 heißt: das frühere Testament verliere seine Gültigkeit, wenn die darin enthaltene Erbeseinsetzung durch das spätere abgeändert werde, in dem S. 574 aber zur Erhaltung derselben die ausdrückliche Erklärung verlangt wird, daß auch die Erbeseinsetzung des früheren bei Kräften bleiben solle. Daß indessen eine letzte Willenserklärung, worin nur ein Erbe zu einer Quote eingesetzt ist, in dem Sinne des Landrechts ein Testament heißen könne (wie Gans in den Beiträgen zur Revision der Preussischen Gesetzgebung Bd. I. S. 139 annimmt), läßt sich gewiß nicht vertheidigen.

45) Vgl. Friedr. Ludw. Griesinger Commentar über das Württembergische Landr. Bd. VI. S. 471 fg.

46) Vgl. oben S. 1421 f. S. 73 fgg. S. 97 fg. (Nr. C.)

darüber noch Folgendes bemerkt werden. Regeln des römischen Rechts über Testamente, welche ihren Grund lediglich in einer den Testamenten eigenthümlichen Verfügungsform haben, diese mag wirklich noch angewandt werden, oder nur durch Fiction auf neuere Formen übertragen seyn, können auf Erbverträge nicht bezogen werden. Wenn daher der Erblasser zuerst ein Testament errichtet, darauf aber einen wahren Beerbungsvertrag, jedoch ausdrücklich nur über einen Theil seines Vermögens eingeht, so kann der Vertragserbe auch bloß in Beziehung auf diesen Theil die Rechte eines directen Erben haben, dem Testamentserben verbleiben mithin für den übrigen Theil seine Rechte aus dem Testamente, das ja nur theilweise aufgehoben wurde. Wenn umgekehrt der über einen Theil der Erbschaft geschlossene Erbvertrag früher ist als das Testament, so kann durch dieses dem Vertragserben von seinem Rechte nichts entzogen werden; da aber der Erblasser über den Theil, welchen der Vertragserbe nicht in Anspruch nehmen darf, seine volle Verfügungsfreiheit behält, so muß ihm in Ansehung desselben auch directe Erbeseinsetzung möglich seyn. Solche Anomalien waren unvermeidlich, wenn einmal zwei Rechtsinstitute von so durchaus verschiedenem Character, wie Testament und Erbvertrag, neben einander bestehen sollten. Gegen das hier angenommene Resultat würde man sich daher auch selbst alsdann nicht einmal auf die Regel berufen können: *nemo pro parte testatus u. s. w.*, wenn in der That hieraus mit absoluter Nothwendigkeit folgte, daß Niemand aus mehreren Testamenten beerbt werden könne. Daß dies aber keineswegs der Fall sey, habe ich vorhin auszuführen versucht. Man würde einen Gesetzgeber gewiß nicht der Inconsequenz zeihen können,

wenn er jene Regel ausdrücklich bestätigte, daneben aber gestattete, daß ein Erblasser durch ein späteres Testament nur theilweise direct verfügen, theilweise es also bei der im früheren Testamente enthaltenen directen Disposition bewenden lassen dürfe. Senes kann den guten Grund haben, den Verwirrungen vorzubeugen, welche allerdings leicht zu befürchten sind, wenn ein Testator die so wichtige Frage: Wer ihn beerben solle? für einen Theil seines Vermögens ganz unbestimmt läßt. Durch dieses aber wird im Grunde doch nur der schon von den Römern anerkannte Satz in seiner vollen Bedeutung geltend gemacht, daß nämlich, wenn einmal die gesetzliche Erbfolge gehörig ausgeschlossen ist, lediglich der Wille des Testators die Art der Erbfolge bestimme; daß allein der im letzten Testamente eingesetzte Erbe der eigentliche *heres* sey, ist ja doch nur durch streng juristische Consequenz in das römische Recht gekommen, und das Gegentheil läßt gewiß eben so wenig Verwirrungen befürchten, als wenn ein Testator sich in demselben Testament mehrere Erben ernennt. — Jedenfalls aber dürfte jetzt die bereits an einem anderen Orte (S. 82 d. Bdes.) vorgetragene Bemerkung hinreichend gerechtfertigt erscheinen, daß man der Regel: *Nemo pro parte u. s. w.* eine Bedeutung beilege, welche sie auch im röm. Rechte nicht gehabt habe, wenn man sie zur Verneinung der Frage benutze: ob zum Theil durch Testament, zum Theil durch Erbvertrag über directe Erbfolge verfügt werden könne?

Also durch ein späteres zu Recht beständiges Testament wird das frühere *ipso jure* aufgehoben, und diese Wirkung wird auch dadurch nicht entkräftet, daß das letzte Testament wieder wegfällt, oder sonst ohne Wirkung bleibt. Mithin ist und bleibt das frühere Testa-

ment rumpirt, wenn gleich a) das spätere wirksam wider-
rufen oder vernichtet wird⁴⁷⁾, oder b) der darin einge-
setzte Erbe die Erbfähigkeit verliert, oder sonst aus dem
Testamente nichts erhalten kann oder die Erbschaft aus-
schlägt⁴⁸⁾, oder c) wenn die Bedingung nicht eintritt,
unter welcher der Erbe eingesetzt wurde, falls nicht die
Bedingung eine uneigentliche ist, welche den Erfolg überall
nicht suspendirt, also eine *conditio in praeteritum* oder
in praesens collata, z. B. Titius soll mein Erbe seyn,
wenn er bereits bei Errichtung dieses Testaments ein öf-
fentliches Amt erlangt hat. Entweder ist eine solche Be-
dingung eingetreten; alsdann gilt die Einsetzung als eine
unbedingte, folglich tritt die Ruption des ersten Testa-
ments ohne Weiteres ein, oder sie ist nicht eingetreten;
in diesem Falle ist die Einsetzung von Anfang an wir-
kungslos, mithin als gar nicht vorhanden anzusehen, weß-
halb denn auch dem zweiten Testament überall keine Wir-
kung zugestanden werden kann. Hierüber äussert sich eine
aus Pomponius Lib. secundo ad Qu. Mucium ent-
lehnte Stelle⁴⁹⁾ wie folgt: „Quum in secundo te-
stamento heredem eum, qui vivit⁵⁰⁾, instituimus,

47) Von einigen Modificationen dieses Satzes wird beim fol-
genden §. gehandelt werden. Vorläufig sind hier zu
vergleichen: L. 92 D. *de heredib. instit.* (XXVIII. 5).
L. 11. §. 2 D. *de Bon. poss. sec. tab.* (XXXVII. 11).

48) §. 2 Inst. *quib. mod. test. infirm.* Bgl. Gaji Inst.
II. 144.

49) L. 16 D. *h. t.*

50) In der Accursischen Glosse findet sich dabei die Bemerkung: *maxime*; nam idem si postumum. Ein solcher könnte hier zur Noth auch unter dem *vivus* gemeint seyn, wegen des Satzes: „conceptus quodam-

sive pure sive sub conditione, si tamen conditio existere potuit⁵¹⁾, licet non exstiterit, superius testamentum erit ruptum. Multum autem interest, qualis conditio posita fuerit. Nam aut in praeteritum concepta ponitur, veluti: *si Titius consul fuit*, quae conditio⁵²⁾ si vera est —, ita est institutus Titius, ut superius testamentum rumpatur; tum enim ex hoc heres esset⁵³⁾; si vero Titius consul non fuit, superius testamentum non est ruptum. Quodsi ad praesens tempus conditio adscripta est herede instituto, veluti: *si Titius con-*

modo in rerum natura esse existimatur“ (L. 7 D. *de suis et legitimis* XXXVIII. 16). Indessen würde auch dadurch der Gedanke des Juristen noch nicht erschöpfend ausgedrückt seyn. Der Jurist will sagen: daß der eingesetzte Erbe erbfähig seyn müsse, wenn anders dem zweiten Testamente vis rumpendi beigelegt werden soll. Daß derselbe zur Zeit der Einsetzung am Leben sey, darf hier also nur als Beispiel der Erbfähigkeit angesehen werden.

51) S. die weiter unten im Text folgende Erklärung dieser Worte.

52) Daß hier, so wie bei dem folgenden Beispiele einer conditio in praesens collata der Ausdruck conditio nicht in seinem eigentlichen juristischen Sinne gebraucht werde, bemerkt auch der Scholiast der Basiliken h. l. Schol. l. T. V., p. 281. ed. Fabr.

53) Halooander will hier *est* lesen. Indessen wird der Sinn durch *esset* offenbar besser ausgedrückt: ist die Bedingung vorhanden, so kann der Titius Erbe aus dem Testamente seyn, — er würde es seyn, wenn er wollte, oder zur Zeit des Todes des Erblassers noch fähig wäre; dadurch aber, daß dies etwa nicht der Fall ist, wird die einmal erfolgte Ruption des Testaments nicht wieder vernichtet.

sul est, eundem exitum habet, ut, si sit, possit heres esse, et superius testamentum rumpatur, si non sit, non possit heres esse, nec superius testamentum rumpatur. In futurum autem collatae conditiones, si possibiles sunt, exsistere potuerunt, licet, non exstiterint⁵⁴⁾, efficiant, ut superius te-

- 54) Die Haloander'sche Lesart: *si possibiles sunt et exsistere poterant, efficiunt* (mit Weglassung des vorangehenden *licet non exstiterint*) scheint auf den ersten Anblick den Vorzug vor der Florentinischen zu verdienen. Auch fehlt es ihr nicht an handschriftlicher Autorität; wenigstens daß *et* hinter *possibiles sunt* findet sich in der Göttinger Handschrift, so wie in folgenden Ausgaben: Lugd. 1524. Fr. Fradin. Par. 1527 Chevallon. — Miraeus oder Corpus jur. Augustini. — Lugd. 1552 ap. Hug. a Porta, u. in mehreren anderen. Wenn indessen auch die Schwerefälligkeit der Construction dadurch verschwindet, so wird dafür eine desto unerträglichere Tautologie in den Satz hineingebracht. Denn die *conditiones quae possibiles sunt et exsistere possunt* sind nichts anders als: mögliche Bedingungen, welche möglich sind! Zwar scheint nach der Florentin. Lesart ein eben so unelidlicher Pleonasmus angenommen werden zu müssen wegen des doppelten: *licet, oder etiamsi non exstiterint*. Löst man indessen den Satz gehörig auf, so erscheint die Darstellung nicht eigentlich pleonastisch, sondern sie leidet nur an unnöthiger Weiterschweifigkeit, wie die ganze Stelle. Pomponius würde nämlich hiernach sagen: „auf die Zukunft bezogene Bedingungen, wenn sie möglich sind, konnten doch einmal existiren, ungeachtet sie wirklich nie existirten; sie bewirken daher stets Ruption des Testaments, auch wenn sie nicht eingetreten sind.“ Dieser Sinn ergiebt sich sehr leicht und ohne daß es einmal nöthig ist, bei *efficiant* ein *igitur* oder eine ähnliche Partikel hineindenken, wenn

stamentum rumpatur, etiamsi non exstiterint; si vero impossibiles sunt, veluti: *Titius, si digito coelum tetigerit, heres esto*, placet perinde esse, quasi conditio adscripta non sit, quae est impossibilis.“ — Ungeachtet einzelner Textes-Corruptionen und Darstellungs-Mängel ist doch der Sinn dieser Stelle der Hauptsache nach durchaus klar. Einige Schwierigkeit machen hier nur die Worte des ersten Satzes: „*si tamen conditio existere potuit*.“ Diese Worte, wenn man sie lediglich nach ihrer grammatischen Bedeutung und ihrem logischen Zusammenhange interpretirt, müssen so verstanden werden: nur dann tritt Ruptio des früheren Testaments ein, wenn die Bedingung möglicherweise existiren kann, unter welcher der Erbe im zweiten Testament eingesetzt ist. Und einen ähnlichen Gegensatz scheint Pomponius auf den ersten Anblick auch durch die gegen den Schluß vorkommenden Worte: *si possibiles sunt* ausdrücken zu wollen. Nun wissen wir aber, daß

man die Worte: *si possibiles sunt existere potuerunt* (oder *poterunt*), *licet non exstiterint*, in eine Parenthese einschließt. Dies ist auch schon von POTHIER geschehen in den Pand. Justin. h. t. Nr. VI. T. II. p. 192, und auf ähnliche Art, wenn gleich weniger bestimmt, erklärt auch Gregor. MAJANSIUS ad triginta Ictor. Fragm. T. I. p. 243. Nr. V. Nach der in der Kriegelschen Ausg. gewählten Interpunction ist es übrigens ganz unmöglich einen Sinn in die Stelle zu bringen, wenn man nicht das eine *licet* (oder *etiamsi*) *non exstiterint* ganz wegstreicht. — Uebrigens bemerke ich noch, daß die Worte *licet non exstiterint* außer bei Haloander sich allenthalben in den von mir verglichenen Ausgaben finden; bei Ruffardus sind sie indessen in Klammern eingeschlossen.

bei letztwilligen Verfügungen unumgängliche Bedingungen für nicht geschrieben galten, mithin die Disposition als eine unbedingte bestand⁵⁵). Zwar fand hierüber ein Sectenstreit statt, indem die Proculejaner die Disposition selbst wegen hinzugefügter Bedingungen für ungültig hielten⁵⁶). Allein die Praxis erklärte sich entschieden für die entgegengesetzte Ansicht⁵⁷), und daß auch Pomponius dieser Meinung zugethan war, ist außer Zweifel⁵⁸) und ergibt sich auch deutlich genug aus dem Schlusssatz unserer Stelle selbst, indem er sagt: *placet perinde esse, quasi conditio adscripta non sit, quae est impossibilis.*“ Wie sind nun aber damit die obigen Worte (*si tamen conditio existere potuit*) zu vereinen? Uebersetzen lassen sie sich nicht anders als: vorausgesetzt, daß ihr Eintritt möglich ist⁵⁹). Nach

55) §. 10 J. *de heredit. instit.* L. 1 D. *de condit. instit.* (XXVIII. 7) L. 3 D. *de condit. et demonstr.* (XXXV. 17).

56) GAIJ Inst. III. 98. — „*legatum sub impossibili conditione relictum nostri praeceptores proinde valere putant, ac si ea conditio adjecta non esset; Diversae scholae auctores non minus legatum inutile existimant, quam stipulationem.*“

57) L. 3 D. *de condit. et demonstrat.* (Ulp.) „*Obtinuit, impossibiles condiciones testamento adscriptas pro nullis habendas.*“ — Vgl. Wilh. Sell die Lehre von den unmöglichen Bedingungen (auch unter dem Titel: Versuche im Gebiete des Civilrechts. Zweiter Theil. (Gieß. 1834) §. 6. S. 32.

58) L. 6 in f. D. *de condit. et dem.* — „*Sabinus quoque et Cassius, quasi impossibiles eas condiciones in testamento positas pro non scriptis esse; quae sententia admittenda est.*“

59) „*Sous une condition, dont l'événement n'est pas im*

der Accursischen Glossen soll dadurch Dasselbe ausgedrückt seyn, wie in der L. 1 dieses Titels durch die Worte: „Testamentum — rumpitur testamento, ex quo heres existere poterit.“ Auf diese Weise wird aber der Widerspruch nicht beseitigt, sondern erst recht begründet. Es würde hiernach nämlich das Testament, worin der Erbe unter einer unmöglichen Bedingung eingesetzt ist, ungültig seyn, folglich auch das frühere nicht rumpiren können; damit sind aber die Schlussworte unmöglich zu vereinigen. Besser schon erklärt Pothier, indem er die obigen Worte auf das jns strictum bezieht, wonach das zweite Testament gleich Anfangs nichtig sey, das frühere also bei Trästen bleibe, — den Schlussatz aber auf das später eingetretene mildere Recht⁶⁰⁾. Indessen ist es doch immer höchst bedenklich anzunehmen, daß der Jurist nur so schlechtthin und ohne irgend einen vermittelnden Ausdruck altes und neues Recht nebeneinander gestellt haben sollte. Befriedigender dürften folgende Vereinigungsversuche seyn. Zuerst, daß man mit Begwerfung des *si* (welches allerdings ei-

possible“ heißt es in der französischen Uebersetzung von HULOT (Par. 1804), oder in der deutschen Uebersetzung von Hunger: „wenn auch die Bedingung nicht eintrat nur muß sie möglich gewesen seyn.“ (Das Corp. jur. civil. ins Deutsche übersetzt von einem Vereine Rechtsgelehrter. Bd. III. S. 1. 2. (Leipz. 1831) S. 39. Der Uebersetzer ist dieser Uebersetzung wegen auch gewiß nicht zu tadeln. Nur die Erklärer verdienen keine Entschuldigung, wenn sie den Widerspruch überaß nicht berücksichtigen, welcher zwischen diesen Worten und dem Schlussatz der Stelle, so wie anderen in die Compilation aufgenommenen Grundsätzen liegt; und doch geschieht dies von den Wenigsten.

60) Ad. h. l. Nr. VI. Pand. Justin. T. II. p. 191. Note g.

dem zerstreuten Abschreiber leicht in die Feder gekommen, aber auch von einem unwissenden des ihm nöthig scheinenden Zusammenhangs wegen abschlägig hinein corrigirt (sryn kann) — den ganzen Satz auf ähnliche Art, wie den am Schlusse folgenden (*si possibiles sunt — licet non extiterint*) erklärt, so daß der Jurist hiernach in *parenthesi* sagen würde: es kann doch die Bedingung möglicherweise existiren, wenn sie auch nicht wirklich zur *Erfüllung* kommt⁶¹⁾. Den Vorzug verdient aber noch wohl eine zweite Erklärung, wornach der ganze erste Satz dem von Pomponius nur commentirten Qu. Mucius angehört⁶²⁾, der hiernach denn freilich die Ansicht gehabt

61) Westphal (in der Theorie des röm. Rechts von Testamenten S. 908) läßt in der That das *si* bei dem Abdruck der Stelle weg, und mag sich daher wohl die Sache auf die obige Art gedacht haben. Indessen kann dies eben so leicht auf einem bloßen Versehen beruhen, da er eine abweichende Lesart gar nicht einmal erwähnt. Auch giebt es schwerlich eine äussere Autorität dafür. Ausser den bekannteren Ausgaben haben sämmtliche folgende das *si*: Venet. 1477. Jenson. Ib. 1506. de Tortis. Lugd. 1524. Fr. Fradin. Par. 1527. Chevallon. — Miraeus oder Corp. Augustini. — Haloander. — Lugd. ap. Hug. a Porta 1552. — Contius. — Rursardus. — Auch in der Göttinger Handschr. fehlt es nicht.

62) So erklärt auch MAJANSIUS *ad trig. Ict. Fragm. T.I. p. 242. Nr. I.* ohne übrigens einen Widerspruch zwischen der Aeußerung des Qu. Mucius und der am Schlusse der Stelle folgenden von Pomponius zu finden. „*Si subtiliter Qu. Mucii sententiam et Pomponii explicatio-nem confertre velimus, nihil differunt,*“ heisst es am Ende der Erörterung über die Stelle (Nr. VII. p. 244.) „*Mucius habe aus von möglichen Bedingungen gehan-*

haben muß, welche später als die der Proculejaner in Umlauf kam. Die Worte: „Multum autem interest, qualis conditio posita fuerit“ u. s. w. kündigen sich fast von selbst als eine nähere Bestimmung des vorausgegangenen Satzes an. Gehen wir nun hievon aus, so erscheint auch der ganze Schlusssatz in einem viel besseren Zusammenhange. Nachdem nämlich der Jurist sich über die *conditiones in praesens* und in *praeteritum conceptae* geäußert hat, kommt er auf die in *futurum collatae*, und bemerkt: diese sind entweder möglich, — dann rumpiren sie das frühere Testament, weil sie eintreten können, wenn sie auch wirklich nicht eintreten, — oder sie sind unmöglich, — dann vernichten sie es, weil die neue Disposition nunmehr als eine unbedingte gilt.

Eine Hauptstelle nun über die Kraft eines gehörig errichteten Testaments, ein vorausgegangenes von selbst zu zerstören, auch wenn aus irgend einem Grunde seine Wirksamkeit gehindert wurde, ist der §. 2 Inst, *quib. modis test. infirm.* Sie ist aus den Commentarien des Gajus (II. 144) genommen, jedoch mit einigen Weglassungen, die weiter unten zur Sprache gebracht werden sollen, und lautet wie folgt: „Posteriore quoque testamento, quod jure perfectum est, superius

belt, weil bloß diese als wirkliche Bedingungen anzusehen seien, Pomponius aber habe der vollständigeren und deutlicheren Erklärung halber sich auch auf die un- eigentlichen Bedingungen — die in *praesens* oder *praeteritum collatae*, so wie die unmöglichen — eingelassen. — Das ließe sich hören, wenn es nur irgend mit den gebrauchten Ausdrücken verträglich wäre. So wie diese aber lauten, wird in der That die Ruption des zweiten Testaments davon abhängig gemacht, daß die Bedingung zum Kreise der möglichen gehöre.

rumpitur. Nec interest, an exstiterit aliquis heres ex eo, an non exstiterit; hoc enim solum spectatur, an aliquo casu existere potuerit. Ideoque si quis ⁶³⁾ aut noluerit heres esse, aut vivo testatore, aut post mortem ejus, ante quam hereditatem adiret, decesserit ⁶⁴⁾, aut conditione, sub qua heres

63) Bei Gajus finden sich hier noch die Worte: „ex posteriore testamento, quod jure factum est.“

64) Bei Gajus folgen hierauf noch die Worte: „aut per cretionem exclusus fuerit.“ Cretio ist die förmliche Erbschaftsantretung innerhalb einer vom Erblasser im Testamente bestimmten Frist. (GAJ Inst. II. 164. „Extranea heredibus solet cretio dari, i. e. finis delibrandi, ut intra certum tempus vel adeant hereditatem, vel si non adeant, temporis fine summoveantur. Ideo autem cretio appellata est, quia cernere est quasi decernere et constituere.“ Vgl. Schilling Bemerk. über röm. Rechtsgesch. S. 78 fg.) Daß ein solches Versäumniß nicht anders behandelt wurde, als die Nichterfüllung einer Bedingung, bedarf wohl keiner Erklärung. — Wäre übrigens ein Erforderniß der Cretio die Ernennung eines Substituten für den Fall der Versäumniß gewesen, wie namentlich Schweppe (Römische Rechtsgeschichte und Rechtsalterthümer §. 454. S. 792. Nr. 3.) behauptet, so hätte die unterlassene Cretio überall nicht als Ursache genannt werden können, wodurch ein Testament wirkungslos werde und Intestaterbfolge eintrete, wie dies doch Gajus ausdrücklich sagt (II. 144). In der That ist aber auch zu jener Behauptung nicht der geringste Grund vorhanden, indem die Quellen zuerst von dem Recht der Cretion im Allgemeinen, und sodann von der Substitution und den hierauf sich beziehenden Besonderheiten des Cretionsrechts handeln. S. GAJ Inst. §. 164 — 178. ULPIANI Fragm. Tit. XXII. §. 27 sqq.

institutus est, defectus sit, in his casibus paterfamilias intestatus moritur: nam et prius testamentum non valet, ruptum a posteriore, et posterius aequae nullas vires habet, cum ex eo nemo heres exstiterit.“

Soll also das folgende Testament diese Wirkung haben, so muß es *jure perfectum* (oder wie Gajus sagt *jure factum*) seyn, — d. h. es muß Jemand möglicherweise daraus Erbe werden können⁶⁵). Diese deutliche Bestimmung darüber: wann ein Testament non perfectum sey, schließt alle Zweifel, welche sonst über die Bedeutung des Ausdrucks wohl entstehen könnten⁶⁶), von selbst aus. Perfectum ist das Testament, wenn, abgesehen von späteren Ereignissen, welche seine Wirksamkeit hindern, der eingesetzte Erbe die Erbschaft aus demselben hätte erhalten können. Die hier vorzugsweise in Betracht kommenden Hindernisse sind oben (S. 350 fgg.) genannt; andere, welche nicht bloß das spätere Testament, sondern alle und jede Dispositionen des Erblassers treffen (z. B. *testamentum irritum factum*) brauchen dabei nicht besonders erwähnt zu werden. Nur in Ansehung eines durch Agnation eines Postumus rumpirten Testaments darf hier die Bemerkung nicht mit Stillschweigen übergangen werden, daß, wenn in einem früheren Testamente der Postumus gehörig berücksichtigt, in einem späteren aber übergangen ist, jenes dennoch durch dieses rumpirt wird und es auch bleibt, welche Wendung im übrigen die Sache nehmen möge. Erscheint der Postumus und überlebt auch den Erblasser, so schließt er alle Testamentser-

⁶⁵) Aehnlich drückt sich Papinian in der L. 1 D. h. t. aus: „Testamentum — — ex quo heres exsistere poterit.“

⁶⁶) S. oben S. 119 fgg. dies. Bandes, bes. Note 63.

ben aus, im entgegengesetzten Falle ist das Recht des im zweiten Testamente ernannten Erben wirksam ⁶⁷⁾).

Imperfectum oder **non jure factum** ist mithin das Testament, wenn gleich Anfangs, oder bei dessen Entstehung solche Mängel vorhanden sind, die seiner Gültigkeit in den Weg treten, m. a. W. wenn es überall nicht auf gehörige Weise errichtet ist. Welche Mängel nun dahin gehören, ist hier nicht der Ort näher auseinanderzusetzen, vielmehr wird eine Verweisung auf die an einer anderen Stelle dieses Titels bereits gegebene übersichtliche Darstellung der Testamentsmängel im Allgemeinen genügen können ⁶⁸⁾. Nur Einzelnes ist hier zur besonderen Erörterung hervorzuheben.

I. Fehlt dem eingesetzten Erben die Erbfähigkeit, so kann das ganze Testament nicht zu Recht bestehen, folglich auch nicht die Wirkung haben, ein früheres zu zerstören. Nun nennt Gajus (II. 144) unter den Fällen, wo die Ruption des Testaments erfolgt, ungeachtet der im zweiten Testamente eingesetzte Erbe nichts bekommt, auch den, wenn der Erbe „*propter caelibatum ex Lege Julia summotus fuerit ab hereditate.*“ Schwierig ist anzunehmen, daß Gajus hierbei an den doch gewiß nicht häufigen Fall dachte, wo Jemand erst nach Errichtung des Testaments durch Auflösung der Ehe caelebs geworden war; und wie hätte er sich auch sonst so allgemein ausdrücken können: wenn Jemandem wegen Celibats nach der *Lex Julia* sein Erbrecht entzogen ist. Diese Stelle bestätigt daher den, besonders in ganz neuerer Zeit erst recht hervorgehobenen Unterschied zwischen Erbfähigkeit und *jus capiendi*, und

67) L. 12 pr. D. h. t. (S. auch unten §. 1432.)

68) S. oben §. 1426. S. 119—124. Nr. I.

die daran geknüpste Folge, daß für letzteres nur auf den Zeitpunkt des deferirten Erbrechts gesehen wurde⁶⁹⁾; aus der ersteren Eigenschaft folgt keineswegs immer die Fähigkeit eines Honorirten, das ihm im Testamente Zugedachte auch wirklich zu erwerben. So heißt es namentlich von dem, welcher wegen Indignität auch nur aus dem Testamente eines bestimmten Erblassers nichts erwerben kann: *capere non potest ex testamento*⁷⁰⁾; die Erbfähigkeit darf ihm aber deswegen gewiß nicht abgesprochen werden⁷¹⁾. Nur für die eigentliche Erbfähigkeit

69) S. Wilh. Müller über die Natur der Schenkung auf den Todesfall (Gießen 1827) S. 31. — Die Verschiedenheit wird zugegeben und für wichtig erklärt, die obige Folge aber abgelenket, mithin die practische Bedeutung des Unterschieds so gut wie aufgehoben in v. Schröter's Abhandl. über die mortis causa donatio, in der Zeitschr. für Civilrecht und Prozeß Bd. II. Abh. Nr. IV. S. 120 fg. (Nr. 4). S. dagegen Haffse im Rhein. Mus. Bd. III. S. 411—415, wo sich überhaupt sehr beherzigungswerthe Bemerkungen über die Sache finden. — Zu einer genaueren Erörterung dieser Begriffe wird uns der im folgenden Bande enthaltene Commentar des Titels *de heredit. instit.* Gelegenheit geben. Was hier darüber gesagt ist, sollte bloß zum besseren Verständnisse der Stelle von Gaius dienen, durch welche der Unterschied einen so erheblichen Stützpunkt erhält.

70) L. 128 D. *de legat. I.*

71) S. Müller a. a. D. S. 85 fg. — Nach Haffse's richtiger Bemerkung (S. 413) ist das *capere non posse* bei der Indignität nicht durchaus dasselbe, wie bei den Incapacitäts-Fällen der Lex Julia. Indessen kann dies doch nur heißen: die Ursachen der Indignität und der Incapacität sind verschieden; und insbesondere zeigt sich eine große Verschiedenheit in Absicht auf die Frage: Wer bekommt

(wie f. g. testamentifactio passiva) aber kommt die Zeit der Testamenterrichtung in Betracht⁷²⁾. Ob Jemand als indignus zu behandeln sey, darüber entscheidet der Zeitpunkt der Delation des Erbrechts⁷³⁾, oder ein noch späterer⁷⁴⁾. Da nun dem Caelebs nirgends die Erbfähigkeit abgesprochen wird, sondern es immer nur heißt: *Caelebs per legem Juliam hereditates legataque capere prohibentur*⁷⁵⁾ so müssen wir auch hier jenen Unterschied anwenden, der überdies an sich und nach dem

Das, was der Incapax oder Indignus nicht erhalten kann. Im Uebrigen findet sich eine wesentliche Uebereinstimmung der Begriffe: das Gesetz und was diesem gleich ist entzieht einem an sich Erbfähigen zur Strafe (wenn man diesen Ausdruck in einer sehr allgemeinen Bedeutung hier gelten lassen will) Erbtheil oder Vermächtniß. Ueberdies darf man mit großer Wahrscheinlichkeit die Lex Julia et Papia Poppaea als Quelle auch der Indignität betrachten. (Vgl. HINECCIUS comment. ad Leg. Jul. et Pap. Popp. Lib. III. Cap. VII. p. 415 sqq.) So handelten die römischen Juristen in ihren Commentarien zu dieser Lex auch von Indignitäts-Fällen (L. 9 u. 10 D. de his quae ut indignis aufer. XXXIV. 9) und daß der Ausdruck capere posse oder non posse der Lex Jul. so recht eigenthümlich ist, läßt sich leicht beweisen. S. z. B. GAIJ inst. II. 111 und 286. ULPIANI Fragm. Tit. XV — XVII und die bei BRISSONIUS de V. S. v. capere §. 3 angeführten Stellen.

72) L. 49. §. 1 D. de heredib. instit.

73) Vgl. L. 9 pr. u. §. 1 D. de his quae ut indignis mit L. 4 D. de adimend. legat.

74) S. z. B. L. 13. §. 9 D. de jure Fisci (XLIX. 14) — „quasi indigni repelluntur, — — qui de inofficioso egerunt, vel falsum dixerunt testamentum.“ —

75) GAIJ inst. II. §. 111 u. 286.

Swecke der Gesetze, welche bloß das jus capiendi einschränken, so natürlich ist, daß man kaum begreift, wie er dennoch so häufig übersehen werden konnte; nur die geringe practische Bedeutung desselben im neueren Recht, und der Umstand, daß in unseren Rechtsquellen auch die passive Testamentifaction bisweilen wohl durch capere posse bezeichnet wird⁷⁶⁾, erklärt dies einigermassen. — So konnte denn also Gajus unter den Gründen, welche bei vorhandenem Rechtsbestande des Testaments nur dessen Wirksamkeit hindern, auch die Entziehung des Erbrechts wegen Eölibats nennen: durch Einsetzung eines Ehelosen wird das frühere Testament rumpirt; allein wenn derselbe beim Tode des Erblassers noch unverheirathet ist und nicht zu den ausgenommenen Personen gehört, so wird er, eben so wie der in dem früheren Testament eingesetzte Erbe, von der Erbfolge ausgeschlossen⁷⁷⁾.

76) §. 4. J. de hered. qual. et differ. — „*Testamenti autem factionem non solum is habere videtur, qui testamentum facere potest, sed etiam, qui ex alieno testamento — capere potest.*“

77) Anstoß wird man wohl nicht daran nehmen, daß Gajus sagt: in diesen Fällen trete Intestaterbfolge ein. Dies war freilich in Absicht auf die wegen Eölibats der Erben wirkungslos gewordenen Testamente nicht der Fall, indem die pars caduca entweder dem Avarium anfiel, oder unter gewissen Voraussetzungen anderen Honorirten desselben Erblassers accrescirte; (s. z. B. ULPIANI Fragm. Tit. XVII). Indessen kam es ja nur darauf an, die Fälle zu bestimmen, in welchen ein wirkungsloses Testament dennoch die Kraft hat, ein früher errichtetes zu rumpiren. In solchen Fällen tritt denn allerdings regelmäßig die Intestaterbfolge ein; einzelne Gründe können noch besondere Folgen erzeugen, deren Erörte-

II. Auch muß das Testament in Ansehung der äußeren Solemnitäten perfect seyn. Hierauf zunächst geht die aus dem zweiten Buche über Sabinus hergenommene Stelle von Ulpian: „Tunc autem prius testamentum rumpitur, *quum posterius rite perfectum est*, nisi forte posterius vel jure militari sit factum, vel in eo scriptus est, qui ab intestato venire potest, tunc enim et posteriore non perfecto superius rumpitur“⁷⁹⁾. — Von dem Grundsatz nun, daß nur ein unter den gehörigen Solemnitäten — *rite*⁸⁰⁾ — errichtetes Testament vim rumpendi habe, läßt unsere Stelle zwei Ausnahmen oder Einschränkungen zu: wenn jure militari testirt, und wenn zum Besten der Intestaterben das Testament errichtet ist; oder wie wir sagen können: ein früheres Testament wird auch durch ein in privilegiirter Form errichtetes folgendes Testament aufgehoben, falls sich in dieser Hinsicht nicht wieder besondere Beschränkungen finden, wie bei dem testamentum parentum inter liberos⁸¹⁾. Als wahre Ausnahmen von der Regel aber: daß nur durch ein zweites vollständiges Testament das erste zerstört werden könne, lassen sich diese

nung lag aber außer dem Kreise der gegenwärtigen Aufgabe des Juristen.

79) L. 2 D. h. t.

80) In einem aus Cujacius entlehnten Zusatz von Heinecius zu Brissonius de V. S. v. *rite* heißt es: „*Rite et recte sic differunt. Rite solennia et ritus respicit, recte aequitatem seu causam.* (Daß materielle Recht würden wir dafür sagen können). Itaque miles jure militari *recte* testatus, non autem *rite*.“

81) Nov. 107. Cap. 2 u. auth. *Hoc inter liberos C. de testam.* (S. oben S. 300 fg. u. Note 35.)

Fälle überall nicht ansehen; denn da ein privilegirtes Testament als ein vollständiges und gehörig errichtetes gilt, so können demselben auch in Ansehung der *virumpendi* keine geringeren Wirkungen beigelegt werden, als dem in gemeinrechtlicher Form errichteten⁸²⁾; darum hat denn auch das *s. g. testamentum tempore pestis conditum*⁸³⁾, sowie das *ruri conditum*⁸⁴⁾ gleiche Wirkung.

Unbelangend nun die zweite der von Ulpian genannten Ausnahmen, so wird dabei vorausgesetzt, daß in dem früheren vollständigen Testamente die nächsten Intestaterben nicht berücksichtigt, in dem zweiten dagegen eingesetzt sind⁸⁵⁾. Nach einer Verordnung des Kaisers Theodos II. aber wird ausserdem dazu erfordert, daß das folgende Testament vor fünf Zeugen errichtet sey, welche hierüber eidlich vernommen werden sollen⁸⁶⁾. In dem Justinianischen Codex lautet die hieher gehörige Stelle dieser Constitution so: „*Si quis testamento jure perfecto postea ad aliud venerit testamentum, non alias, quod ante factum est, infirmari decernimus, quam si id, quod secundo facere testator*

82) *Vinnius ad §. 7 Inst. quib. mod. test. infirm. Nr. 5. — Aug. Fr. Schott de posteriore test. imperfecto prius perfectum non rumpente Cap. VII. (opusculor. p. 71 sq.)*

83) *L. 8 C. de testam. (VI. 23). S. hierüber unten §. 1485.*

84) *L. ult. C. de testam. — Das Nähere über dies Testamentprivilegium unten §. 1484.*

85) — „*vel in eo scriptus est, qui ab intestato venire potest.*“ *L. 2 D. h. t.*

86) *Novellae Theodosii H. Tit. XVI. §. 7. (Jus civile antejustin. ed. Berol. P. II. p. 1252 sq.)*

instituit, jure fuerit consummatum, nisi forte in priore testamento scriptis his, *qui ab intestato ad testatoris hereditatem vel successionem venire non poterant, in secunda voluntate testator esse scribere instituit, qui ab intestato ad ejus hereditatem vocantur*; eo enim casu, licet imperfecta videatur scriptura posterior, infirmato priore testamento, secundam ejus voluntatem non quasi testamentum, sed *quasi voluntatem ultimam intestati* valere sancimus. In qua voluntate *quinque testium juratorum depositiones* sufficiunt; quo non facto, valebit primum testamentum, *licet in eo scripti videantur extranei*⁸⁷⁾.

Ganz grundlos ist die Behauptung mancher Juristen, daß die Pandekten-Stelle (L. 2 D. h. t.) auf Veranlassung dieser Constitution interpolirt, — nämlich der Satz: „*vel in eo scriptus est, qui ab intestato venire potest*“ für ein Einschlebsel der Compilatoren zu halten sey⁸⁸⁾. Mit gleichem Rechte könnte man vielen anderen Stellen ihre Richtigkeit streitig machen, worin sich altes Recht mit Zusätzen und näheren Bestimmungen wiederholt findet. — Was nun dies frühere Recht anbelangt, so ist zuvörderst wohl außer Zweifel, daß hier unter einem testamentum quod rite non est perfectum ein nur mit sieben Zeugen Siegeln besiegeltes, m. a. W. ein solches Testament verstanden wird, dem die eivikeftlichen Solemnitäten mangeln, woraus aber der Prätor eine secundum tabulas Bonorum possessio

87) L. 21. §. 5 C. de testam.

88) C. B. 36 d. Comment. C. 323. Note, wo einige der vorzüglichsten Vertheidiger dieser Meinung (Accursus, Ant. Faber, Hugo Grotius) genannt sind.

gab⁸⁹⁾. Ulpian also sagt: ausnahmsweise rumpire ein solches Testament ein früheres civilrechtliches, wenn nämlich die nächsten Intestaterben darin eingesetzt seien. Mithin wurde in der Regel ein testamentum jure factum (das civilrechtliche) nur durch ein in derselben Form errichtetes zerstört, oder es genügte zur Ruption nicht, daß der Prätor aus dem zweiten Testamente eine secundum tabulas B. P. geben konnte (s. unten Note 97). Denn sonst hätte ja auch das gehörig besiegelte Testament, worin Notherben präterirt waren, ein früheres Testament zerstören müssen, da, um eine B. P. zu erhalten, eben weiter nichts als diese Form und die Testamentsfähigkeit des Erblassers erforderlich war⁹⁰⁾. Demnach, eine B. P. erhielt Jeder, der sich auf ein solches Testament berufen konnte, allein wirksam (cum re) war sie nur, wenn keiner vorhanden war, welcher ihm das Erbrecht streitig machen konnte⁹¹⁾. Im Fall einer Col-

89) Vgl. GAI Inst. II. §. 119. 120. 147. C. Bd. 36 d. Comment. C. 315 — 323.

90) GAI Inst. II. §. 119. 147. — L. 7 D. de B. P. sec. tab. (XXXVII. 11). Vgl. L. 1. §. 8 eod.

91) Die B. P. ist also sine re, wenn jemand die Erbschaft nach Civilrecht wirksam in Anspruch nehmen darf (jura civili evincere hereditatem, wie Ulpian Fragm. XXVIII. §. ult. sagt. Vgl. auch GAI Inst. II. §. 148); cum re ist sie, wenn der Bonorum possessor sich gegen die hereditatis petitio durch doli exceptio schützen kann. GAI Inst. II. 120. — „Rescripto Imp. Antonini significatur, eos, qui secundum tabulas testamenti non jure factas bonorum possessionem petierit, posse adversus eos, qui ab intestato vindicant hereditatem, defendere se per exceptionem doli mali.“ Umgekehrt schützte sich der Intestaterbe durch doli ex-

tion nun zwischen einem testamentum prius perfectum und posterius imperfectum (in dem oben bestimmten Sinne) gienge erstere regelmäßig vor, oder die B. Possessio, welche der im letzten Testamente eingesetzte Erbe agnoscirt hatte, war sine re⁹²⁾. Hierüber äussert sich Gajus (II. 148. 149) sehr bestimmt mit folgenden Worten: „Qui secundum tabulas testamenti, quae — statim ab initio non jure factae sint — — — honorum possessionem accipiant, — — — si — ab his avocari hereditas potest, habebunt bonorum possessionem sine re. *Nam si quis heres jure civili institutus sit, vel ex primo, vel ex posteriore testamento, (vel ab intestato jure legitimo heres sit), is potest ab iis hereditatem avocare*“⁹³⁾.

exceptio gegen den Ausspruch des Testamentserben, wenn sein Recht als das wirksamere anerkannt war. L. 11. §. 2 D. de B. P. sec. tab. L. 1. §. 8 in f. D. si tab. test. nullae. (XXVIII. 6). L. 4. §. 10 D. de doli mali exc. (XLIV. 4).

92) Vgl. Fr. FÖRSTER de bonor. poss. liberor. praetorior. contra tabulas Parentum P. II. §. 129. p. 394 sq.

93) Die im Text eingeklammerten Worte scheinen auf den ersten Anblick dem §. 120 zu widersprechen, wo der Jurist referirt, daß nach einem Rescript des R. Antonin der Bonorum possessor sec. tabulas den Intestaterben vorgezogen sey (s. Note 95). Man könnte also geneigt seyn zu glauben, daß Gajus in dem §. 149 überhaupt nur das alte Recht vortrage, zumal da in der Handschrift eine Lücke folgt, worin allenfalls die Erklärung hätte enthalten seyn können, daß seit dem Rescript des R. Antonin die doli exceptio Jedem zur Seite stehe, welcher sich auf ein auch nur nach prätorischem Rechte gültiges Testament berufen dürfe. Indessen darf man jene Worte (vel ab intestato jure legitimo heres sit)

Daß dies Recht aber noch zur Zeit Ulpian's galt, ergiebt sich mit völliger Bestimmtheit aus der Stelle, nach welcher nur das zum Besten der Intestaterben errichtete *testamentum posterius imperfectum* ein früheres *jure factum testamentum* zerstören soll (L. 2 h. t.)⁹⁴). Ueber den Grund dieses besonderen Rechts ist man keineswegs einverstanden. Gewiß ist es nicht bloß am einfachsten, sondern auch am richtigsten, die rechtliche Begünstigung der Intestaterben als die hauptsächlichste Quelle desselben anzusehen⁹⁵). Ob eine *Bonorum possessio cum re* oder *sine re* sey, hieng ja überhaupt nicht bloß

unbedenklich auf das noch zu Gajus' Zeit gegoltene Recht beziehen. Das Rescript setzt ja den Intestaterben nicht unbedingt dem *Bon. possessor sec. tabulas* nach, sondern nur für den Fall, wenn dem Testament außer der civilrechtlichen Form gar nichts fehlt, also, wenn keine Notherbenrechte verletzt sind (Franke das Recht der Notherben und Pflichttheilsberechtigten §. 9. S. 117 und Bd. 36 des Comment. S. 315 fgg.); mithin war der in dem §. 149 allgemein ausgedrückte Vorzug der civilrechtlichen Intestaterben vor dem *Bon. Possessor sec. tab.* durch Antonin's Rescript nur modificirt, nicht aufgehoben, und von dieser Modification handelte ohne Zweifel der Schlussatz der Stelle.

94) Man hat auch wohl die L. 12 pr. in f. hierher bezogen, wo Ulpian sagt: „*Idem et circa injustum et irritum testamentum erit dicendum, si bonorum possessio data fuerit ei, qui rem ab intestato auferre possit.*“ Und allerdings steht diese Stelle mit dem besonderen Rechte eingesetzter Intestaterben in Verbindung. Doch kann von ihr erst unten §. 1432 die Rede seyn.

95) S. MARANUS in Paratitl. ad Pand. tit. de B. P. contra tab. (Tolos. 1667) p. 695. v. BYNKERSHOEK observat. jur. Rom. Lib. II. Cap. 2 in f.

von streng civilrechtlichen Voraussetzungen ab, sondern es wurde ganz vorzugsweise dabei das natürliche Familien- und Verwandtschaftsrecht berücksichtigt. Hierauf beruhete ja größtentheils die Bonorum possessio intestati, und so war es denn gewiß sehr natürlich, daß man eine Regel des Civilrechts nicht mit voller Strenge auf die Erben anwandte, welche den Willen des Gesetzes und den des Erblassers für sich hatten⁹⁶). Zwar genügte ganz entschieden nie der bloße Wille des Testirers, damit die Intestaterben die *doli exceptio* wirksam dem testamentarischen Erben entgegensetzen könnten, wenn der Erblasser das Testament nicht mehr gelten lassen wollte. (C. §. 1429. C. 322—329). Allein hatten sie zugleich ein Testament für sich, woraus der Prätor eine Bonorum possessio gab, so lag es doch gewiß sehr nahe, noch einen Schritt weiter zu gehen, und diese Bonorum possessio für eine wirksame zu erklären; war sie aber dies, so hatte sie wesentlich dieselbe Wirkung, wie ein zweites civilrecht-

96) Wenn auch nicht in so weitem Umfange geltend, wie beim *testamentum posterius imperfectum*, so beruht es doch auf gleichem Grunde, daß die Vorschrift des *Senatusconsultum Libonianum* nicht gegen den Sohn des Testirers zur Anwendung gebracht, sondern demselben eine Bonorum possessio secundum tabulas gegeben wird, ungeachtet er seine eigne Erbeinsetzung niedergeschrieben hat. L. 1 C. de his qui sibi adscribant in testam. (IX. 23). „*Imp. Antonin. (212). Quamquam ita interpretantur Jurisperiti, ut contra legem Corneliam videatur se scribere heredem emancipatus filius patre dictante, tamen si, quam testamentum non esset scriptum, justus successor futurus esset accepta bonorum possessione filius patri, perinde habebitur, atque si sua manu pater tuus te heredem scripsisset, functus dandi officio.*“

liches Testament, d. h. sie zerstörte das frühere Testament, weshalb denn auch Ulpian diesen Fall geradezu als Ausnahme von der Regel behandeln durfte, wonach nur ein *posterius testamentum perfectum vim rumpendi* haben kann⁹⁷⁾. Und hieraus dürfte es sich denn auch wohl am leichtesten erklären, warum mehrmals ganz allgemein gesagt wird: den Intestaterben stehe die *doli exceptio* zur Seite, oder sie erhalten die *res*, d. h. eine wirksame *Bon. possessio*, wenn sie den Willen des Erblassers für sich haben⁹⁸⁾; es war also nicht nöthig, daß dieser Wille auf civilrechtlich gültige Art an den Tag gelegt werde, wenn nur der Prätor ihn respectirte.

An dieses Recht schließt sich nun die Constitution des Kaisers Valentinian II. an. War gleich um diese Zeit das prätorische Testament noch nicht eigentlich ab-

97) C. Bd. 36 d. Comment. C. 319. — Aber, wie auch oben schon bemerkt wurde, auf diesen Fall und auf die vorzugsweise f. g. privilegirten Testamente muß man diese Ausnahme einschränken. Es zeugt daher von einer Verkennung des wahren Wesens der *Bon. possessio sec. tabulas*, wenn man die allgemeine Regel aufstellt: es reiche zur Aufhebung des früheren Testaments eine solche Gültigkeit des zweiten hin, nach welcher eine *secundum tabulas Bon. possessio* aus diesem gesucht werden könne. So in Schweppe's röm. Privatr. in seiner heut. Anwendung Bd. V. §. 870. C. 239 der Ausg. von Mejer.

98) 3. B. L. 4. §. 10 D. *de doli mali exc.* (XLIV. 4). L. 1. §. 8 D. *si tab. test. nullae exstab.* (XXXVIII. 6). — C. oben §. 1429. C. 323 fgg. C. auch PAULLI sent. rec. Lib. IV. Tit. VIII. §. 2 (oder Lex Dei Tit. XVI. cap. 3) „Sane jure praetorio factum testamentum *objecta doli exceptione obtinebit.*“ (C. Bd. 34 d. Comment. C. 262). Es ist nicht zu übersehen, daß in diesem Titel von der Intestaterbfolge gehandelt wird.

gekommen⁹⁹⁾, so hatten sich doch inzwischen solche Veränderungen zugetragen, womit das Privilegium der Intestaterben nicht bestehen konnte. Ein Rescript des A. Gordian aus dem Jahr 243 entschied: nach dem Prätorischen Edict werde freilich nur aus einem von 7 Zeugen besiegelten Testamente eine *sec. tab. Bon. Poss.* gegeben; könne aber nachgewiesen werden, daß das Testament mündlich vor 7 Zeugen errichtet worden sey, so habe es außer allem Zweifel die Bedeutung eines civilrechtlichen Testaments, folglich sey auch das Recht des Erben auf *secundum tabulas B. P.* begründet; „*jure civili testamentum factum videri, ac secundum nuncupationem bonorum possessionem deferri explorati juris est*“¹⁰⁰⁾. Daß aus einem nuncupativen Testamente schon zur Zeit der juristischen Klassiker eine *Bonorum possessio* gegeben wurde, ist nicht zu

99) Mit den sieben Siegeln hatte man sich freilich schon lange nicht mehr begnügt, sondern bereits Ulpian und Paulus sprechen von der Nothwendigkeit einer eigenhändigen Namens-Beifügung bei den Siegeln der Zeugen, nebst Bemerkung, wessen Testament unter den Siegeln enthalten sey. L. 22. §. 4 und L. 30 D. *qui test. fac. poss.* Hierüber, so wie über die im Texte enthaltene Bemerkung wegen der Fortdauer des prätorischen Testaments darf indessen auf die bereits im vier und dreißigsten Bde. d. Comment. §. 1412 h. S. 269 enthaltene Ausführung, so wie auf die das. angeführten Schriftsteller, besonders auf v. Savigny's Beitr. zur Gesch. der röm. Testamente (in d. Zeitschr. für geschichtl. Rechtsw. Bd. I. Abh. V.) verwiesen werden. Vgl. auch Dernburg Beitr. zur Gesch. der röm. Testamente §. 29. 30. S. 250 fgg.

100) L. 2 C. *de bon. poss. sec. tab.* (VI. 11).

bezweifeln¹⁾). In einem einzelnen Falle wurde dies freilich bezweifelt, wie wir eben aus jenem Rescript sehen, und zwar aus dem Grunde, weil das Edict nur von einem durch sieben Zeugen besiegelten, also von einem schriftlichen Testamente spreche. Gordian erklärt diesen Zweifel für unbegründet, da ein solches Testament sogar als ein civilrechtliches bestehe, folglich auf den Grund desselben auch eine B. P. ertheilt werden könne²⁾, und das am Schlusse der Constitution enthaltene Zeugniß: dieses ausgemachten Rechts, berechtigt wohl zu der Annahme, daß es nicht erst jetzt eingeführt wurde. Auch darf dabei nicht an eine Verbindung des Mancipationsritus mit der Handlung des mündlichen Testirens gedacht werden, etwa in der Art, wie dies beim ersten Aufkommen der Mancipationstestamente der Fall war³⁾; denn nach Allem, was wir über die zur Kaiserzeit gebräuchlichen Mancipations-Testamente wissen, erforderten diese eine schriftliche Urkunde (*tabulae testamenti*)⁴⁾. Genug; das *palam nuncupare heredem*⁵⁾ galt für ein *testamentum jure (civili) factum*⁶⁾, wogegen das schriftliche Testament, dem nichts als die Mancipationsform fehlte, ein *testamentum imperfectum* war; jenes

1) L. 8. §. 4 D. *de Bon. poss. sec. tab.* (von Julianus).

— Vgl. noch *Bon. poss.* C. 240 fg.

2) L. 1 in f. C. *quorum bonor.* (VIII. 2).

3) GAI Inst. II. 102.

4) GAI Inst. II. 103. ULPIANI *Fragm.* XX. 9. — Vgl. THEOPHILUS in *paraphr. Inst. tit. de test. ordin.* §. 1 in f.

5) L. 21 pr. D. *de testam. ordin.*

6) Vgl. v. Savigny *Zeitschr.* I. C. 94 u. Schilling *rechtsgeschichtl. Bemerk.* C. 376.

rumpirte ein früheres Testament, dieses bloß in den ausgenommenen Fällen. Daß sich aber ein Unterschied, welcher nur durch völlig bedeutungslose Merkmale festgehalten werden konnte, allmählig ganz verlieren mußte, und daß Niemand mehr daran dachte, als die schriftlichen Testamente mit den Formalitäten immer häufiger wurden, welche wir zwar erst in späteren Gesetzen vorgeschrieben finden, die aber früher schon durch den Gebrauch aufgekomen waren⁷⁾, — dieß darf auch wohl allenfalls ohne bestimmte äußere Zeugnisse angenommen werden. Wollends ist aber daran nicht zu zweifeln, wenn wirklich die Meinung aufkam, daß kein Testament anders gelten könne, als wenn die Zeugen mit dessen Inhalt bekannt gemacht seien⁸⁾; denn alsdann gab es ja überall kein Mittel mehr, ein *test. jure factum* von einem *testamentum imperfectum* (in dem hier gemeinten Sinne) zu unterscheiden. Mag man nun annehmen, daß Theodosius in der erwähnten Novelle das Mancipationstestament ganz abgeschafft habe, oder nicht⁹⁾, — jedenfalls ist soviel gewiß, daß er ein Testament, welches vom Testator, oder in dessen Ermangelung von einem achten Zeugen, sodann von den 7 Zeugen unterschrieben und besiegelt war, für ein *perfectum testamentum* erklärte. „*Non subscriptum testamentum a testibus atque signatum* (heißt es im §. 5 seiner Novelle) *pro imper-*

7) Vgl. Bd. 34 d. Comment. S. 276 — 278.

8) So muß allerdings die Aeußerung des R. Theodosius II. in der *Nov. de testamentis* vom J. 439 (jus civ. antejust. Tit. XVI.) §. 1 verstanden werden. S. v. Savigny a. a. D. S. 87 u. Bd. 34 d. Comment. S. 255 u. 273.

9) S. hierüber Bd. 34 d. Comment. S. 271 fgg.

fecto haberi convenit.“ Dann bestimmt er (§. 6), wie ein mündliches Testament eingerichtet werden solle, und im §. 7: daß ein solchergestalt „jure perfecto“ zu Stande gekommenes Testament in der Regel nur durch ein eben so vollständiges aufgehoben werden solle, ausser wenn in dem folgenden die nächsten Intestaterben eingesetzt seien¹⁰⁾. Daraus wird es denn auch vollkommen erklärt, wie der Kaiser dazu kam, dieses Privilegium hier zu erwähnen, und dafür eine besondere Form vorzuschreiben. Er faßt das ganze bisherige Recht über die Testamentsform ins Auge, und die Begriffe, welche sich unter dem Einflusse des älteren Rechts gebildet hatten, erscheinen in seinem Gesetze zu den neueren Formen und Ansichten auf passendere Weise bestimmt und angewandt. Buchstäblich galt noch das Recht, daß ein folgendes testamentum imperfectum, wenn darin die Intestaterben eingesetzt waren, ein früheres perfectum aufhob. Allein welche Bedeutung konnte dies Recht noch haben, als das prätorische Testament förmlicher geworden war, und zuletzt ebenfalls als perfectum testamentum galt? Mag nun in der Verordnung von Theodos II. dies erst so bestimmt, oder, wie wahrscheinlicher ist, ein bereits gegoltenes Recht nur anerkannt seyn, — genug, wollte man jenes Privilegium wirklich beibehalten, so mußten die Bedingungen eines solchen testamentum imperfectum anders bestimmt werden. Durchaus angemessen war es nun, hierauf die inzwischen aufgekommene Codicillarform anzuwenden. Bekanntlich hat diese Form in einer Verordnung K. Constantins (326) ihren Grund, daß zu

10) In dem Justin. Codex (L. 21. §. 3 de testam.) wird unter den Ausnahmen auch noch das testam. parentum inter liberos erwähnt.

einem Codizill, wie zu jedem Testamente, fünf oder sieben Zeugen erforderlich sein ¹¹⁾, d. h. mit anderen Worten: es muß entweder die civilrechtliche (die Mancipations-Form), oder die prätorische Testaments-Form beobachtet seyn ¹²⁾. Jedensfalls wurde nun dadurch die letztere für Codizille als genügend anerkannt; also ein Testament, welches *non jure factum* war, woraus aber *int. sec. tab. B. P.* gegeben werden konnte, galt wenigstens immer doch als Codizill. Später schrieb Theodos II. die Zuziehung von 5 Zeugen (versteht sich ohne die Mancipationsform) bei Codizillen vor (424). In dem Theodosischen Codex fehlt freilich die darauf gehende Stelle der Constitution ¹³⁾ ganz, und nur im Justinianischen Codex findet sie sich ¹⁴⁾. Indessen darf man hieraus nicht schließen, daß die ganze Verordnung wegen der fünf Codizillarzeugen erst durch Justinian hinzugekommen sey, da in der Westgothischen Interpretation zu dieser Stelle bestimmt gesagt wird, der letzte Theil der Stelle sey weggelassen ¹⁵⁾. Ohne einige Veränderungen und Auslassungen mag die Aufnahme in den Justinianischen Constitutionen-Codex wohl nicht erfolgt seyn, und vielleicht bezeichnete der Kaiser hier schon das vor fünf Zeugen errichtete Testament als *imperfectum testamentum*, jedes vor sieben Zeugen errichtete aber als *per-*

11) L. 1 Th. Cod. *de testam. et codicill.* (IV. 4).

12) v. Savigny Beitr. zur Gesch. der röm. Test. in der Zeitschr. I. S. 83 fg.

13) Die Constitution selbst ist die L. 7 Th. Cod. *de test. et codic.* (IV. 4).

14) Nämlich als L. ult. §. 3 C. *de codicill.* (VI. 36).

15) S. hierüber besonders WENCK in seiner Ausg. der fünf ersten Bücher des Theod. Cod. ad h. l. Note m. p. 210.

fectum¹⁶⁾. Sey dem aber wie ihm wolle, so kann es doch nur für angemessen und consequent gehalten werden, wenn Statt des völlig bedeutungslos gewordenen Begriffs von testamentum imperfectum in dem alten Sinne der einer in Codizillarform errichteten letztwilligen Disposition substituirt wurde; denn dies ist ja doch das eigentliche testamentum imperfectum des neueren Rechts, man mag dabei auf die Sache oder auf die Form sehen.

Die Neueren bezeichnen nun ein solches Testament gewöhnlich schlechtlin als testamentum posterius imperfectum, eine Benennung, welche wohl nur als abgekürzte Form der sonst hier nöthig werdenden Umschreibung anzusehen ist, indem dieselbe eigentlich auf alle f. g. privilegierten Testamente paßt. Indessen fehlt es nicht an Juristen, welche diesen Namen dem zum Besten der Intestaterben errichteten folgenden Testamente ausschließlich vindiciren, weil es in der Theodosischen Constitution so genannt werde¹⁷⁾. Dagegen könnte man sich nun allenfalls auf Ulpian berufen, welcher in der L. 2 D.

16) Wenigstens wird in der Nov. de testamentis v. §. 439 nirgends gesagt, daß die Begriffe von testamentum perfectum und imperfectum so bestimmt seyn sollten; sondern es werden diese Begriffe so angewandt, als siehe dies schon längst fest.

17) So namentlich Christ. Greg. ALTNER in der Diss. de testamento posteriore imperfecto prius perfectum haud infirmante (Erford. 1723) §. 24, wo es heißt: „Unicus datur casus, ubi imperfectum et alias ratione solennitatum penitus nullum testamentum prius perfectum infirmare potest.“ — Eine später — 1735 — ebenfalls zu Erfurt erschienenen Diss. von Tob. Jac. REINHART über denselben Gegenstand habe ich nicht erhalten können.

4. z. dem perfectum testamentum auch das jure militari errichtete Testament entgegensezt¹⁸⁾. Doch möchte dies als bloße Wortstreitigkeit auf sich beruhen bleiben, wenn man nicht auch noch andere Folgerungen daran knüpfte. Es ist nämlich eine sehr gewöhnliche Meinung, daß eine solche Disposition überall nicht als wahres Testament angesehen werden dürfe; wie die übrigen privilegierten Testamente, sondern nur als codicillus ab intestato¹⁹⁾. Für diese Meinung scheinen allerdings die Worte der Constitution zu sprechen: „Eo enim casu, licet imperfecta videatur scriptura posterior, infirmato priore testamento secundam ejus voluntatem non quasi testamentum, sed quasi voluntatem intestati valere censemus“²⁰⁾; ja sie ist unwiderleglich dadurch bewiesen, wenn man diese Worte streng grammatisch und ohne Rücksicht auf den Zusammenhang des Gesetzes mit dem früheren Recht interpretirt. Indessen dürfen doch wohl folgende Gegengründe einige Beachtung verdienen: — In dem früheren Rechte wird unter dem test. imperfectum, welches ein vorausgehendes Testament rumpirt, wenn darin die Intestaterben eingesetzt sind, das in prätorischer Form errichtete verstanden. Ein

18) Auf ähnliche Weise nennt auch Justinian das testamentum parentum inter liberos ein imperfectum testamentum in der L. 21. §. 3 C. de test.

19) G. H. DONELLUS comment. jur. civil. Lib. VI. Cap. 16. §. 12. BRUNNEMANN comment. ad L. 21. §. 3 C. de test. Nr. 4. STRUVIUS in Syntagm. jur. civil. Exercit. XXXII. Th. 41. ALTNER I. I. Ge. Ludov. BOEHMER in der praefat. zum fünften Bande der Exercit. ad Pand. seines Vaters §. 15. Note m. Höpfner im Institutionen-Comment. §. 463. Note 1.

20) Nov. cit. §. 7 (oder L. 21. §. 5 C. de testam.)

solches Testament hatte alle Wirkungen eines vollgiltigen Testaments, nur nicht die Kraft das frühere civilrechtliche zu zerstören. Auch diese wird ihm in dem Falle beigelegt, wenn es zum Besten der Intestaterben errichtet ist; daß es aber darum in aller übrigen Hinsicht nur die Eigenschaft eines Intestatcodizills gehabt habe, wird gewiß Niemand behaupten wollen. Die Bestimmung des *K. Theodosius* nun, als eine bloß correctorische, ist im Zweifel in dem Sinne zu verstehen, worin sie sich am wenigsten von dem früheren Recht entfernt. Seine Absicht war: ein besonderes Recht zu erhalten, oder vielmehr zu erneuern, das im Laufe der Zeiten seine Bedeutung verloren hatte. Da nun jeder Intestatcodizill auf gewisse Weise als Erbeinsetzung der Intestaterben anzusehen ist ²¹⁾, so wendet er die für Codizille geltende Form auch hier an, indem er bestimmt: eine solche Disposition solle nicht gleich einem Testament, sondern gleich einem Codizill gelten. Diese Worte auf die Wirkung zu beziehen, oder anzunehmen, daß darnach einem solchen Testamente außer der *vis rumpendi* auch nur die Bedeutung eines Intestatcodizills zukommen könne, ist mit dem Zwecke des Gesetzes nicht wohl zu vereinbaren; besser bezieht man sie daher bloß auf die Form. Die Verfügung (würde hiernach der Kaiser sagen) besteht zwar nicht als förmliches Testament — denn dazu gehören 7 Zeugen —, sie gilt und besteht aber so gut wie ein Intestat-Codizill, indem ja zu diesem auch nur 5 Zeugen nöthig sind.

Man darf übrigens nicht auch hierin eine bloße Wortstreitigkeit erblicken. Zwar ist a) soviel gewiß, daß

21) L. 3 pr. D. de codicill. (XXIX. 7). L. 16 in f. eod. (— „intestato patrefamilias mortuo — — codicilli — vicem testamenti exhibent.“)

in dem Testamente keine Enterbungen erfolgen dürfen, indem ja eine Grundbedingung der Gültigkeit desselben ist, daß die Intestaterben — nicht bloß Einzelne, sondern alle, die mit einander zur Intestatsuccession gelangt seyn würden, wenn gar keine letztwillige Disposition vorhanden wäre — darin eingesetzt seien. Sodann b) muß ja auch der Intestaterbe die ihm in einem bloßen Intestatscodizill auferlegten Vermächtnisse erfüllen²²⁾ und, daß c) auch in anderer Hinsicht der Intestaterbe, wenn er die Erbschaft erwirbt, in Ansehung der erbchaftlichen Rechte und Pflichten dem testamentarischen Erben gleich stehe, kann gar nicht bezweifelt werden. Indessen giebt es ja doch gewisse Verfügungen noch ausser der Enterbung, welche entweder nur in eigentlichen Testamenten oder doch nur in bestätigten Codizillen erfolgen können, als: Pupillarsubstitutionen, Vormundschaftsbernennungen, directe Freiheits-ertheilungen²³⁾. Wer also zu der gemeinhin angenommenen Meinung sich bekennt, darf dergleichen Anordnungen freilich nicht für gültig halten²⁴⁾; nach der hier dargelegten Meinung würden sie aber zu Recht bestehen²⁵⁾.

22) L. 3 pr. L. 8 §. 1 D. *de codicill.*

23) Die ersten setzen, um als directe Substitutionen zu gelten; zu ihrer Gültigkeit stets ein eigentliches Testament voraus (§. 5 J. *de pup. substitut.* — vgl. L. 76 D. ad SCt. Trebell. XXXVI. 1); die beiden letztern Anordnungen können auch in bestätigten Codizillen erfolgen; L. 3 pr. D. *de test. tutela.* (XXVI. 2). L. 43 D. *de manumiss. test.* (XL. 4).

24) BRUNNEMANN I. I. Nr. 5.

25) Allerdings würde, um dies Recht h. z. L. anwenden zu können, immer vorausgesetzt werden müssen, daß ein Vater seine unmündigen Kinder in dem früheren Testamente bona mente enterbt und in dem späteren instituiert hätte.

Auch kann ganz ausser Zweifel der Erblasser für die einzelnen Intestaterben die Erbquoten auf verschiedene Weise bestimmen. Mag man dies immerhin eine Vertheilung des Nachlasses unter die Intestaterben nennen²⁶⁾; die Erben erhalten die ihnen zugewiesenen Quoten Kraft der testamentarischen Disposition, sie sind also wahre Testamentserben²⁷⁾. Freilich ist es nicht mehr so

Und so ist denn freilich die practische Bedeutung dieser Streitfrage nicht groß, zumal da andere Verschiedenheiten zwischen testamentarischer und Intestat-Erbfolge, namentlich die verschiedene Wirkung der Ausschlagung, eben so gut auf Codizillar-Dispositionen, als auf wahre Erbeinsetzungen gehen; s. z. B. L. 4 §. 2 D. *si quis omissa causa test. ab int. possid. hered.* (XXIX. 4).

26) So Aug. Friedr. Schott in der comment. de posteriore testamento imperfecto prius perfectum non rumpente Cap. VII. p. 65. 66 der Opuscula. Mit Recht erklärt er sich gegen Diejenigen, welche das test. posterius imperfectum für einen bloßen Codizill halten; wenn er aber dasselbe bestimmt als „*distributio quaedam hereditaria inter heredes ab intestato successuros a testatore facta*“, so fragt man billig wohl: wodurch denn eine solche Vertheilung jetzt von wirklicher Erbeinsetzung der Intestaterben sich unterscheiden lasse? S. darüber die folgende Ausführung im Text.

27) Zwar gestattete man einem Vater (vielleicht auch einem anderen Erblasser) eine Vertheilung des Nachlasses durch Codizille, wobei denn die Erben als Intestaterben gedacht wurden (L. 20 §. 3. L. 33. L. 39 §. 1 u. §. 5 D. *fam. ercisc.* X. 2). Indessen läßt sich im neuesten Recht eine Erbeinsetzung von einer Vertheilung der Erbschaft an die Intestaterben nur noch bei der *divisio parentum inter liberos* unterscheiden, indem diese ihrer Form nach weder Codizill, noch *testamentum parentum inter liberos* ist (s. Nov. 18 cap. 7. Nov. 107 cap. 3).

leicht, die Erbeinsetzung der Intestaterben von den Intestatcodizillen zu unterscheiden, seitdem alle Förmlichkeit bei der Erbeinsetzung aufhörte und der Grundsatz aufkam: „*in quolibet loquendi genere formata institutio valeat, si modo per eam liquebit voluntatis intentio*“²⁸⁾). Früher mußte man jedenfalls auf bestimmte Weise erklären, daß man die Intestaterben zu Erben einsetze²⁹⁾; jede indirecte Erklärung dieser Art, konnte nur als Intestatcodizill gelten. Z. B. wenn der Erblasser sagte: meinen nächsten Verwandten will ich die Ansprüche nicht entziehen, welche ihnen das Gesetz auf meinen Nachlaß giebt; jedoch erwarte ich von ihnen, daß sie die in dem Folgenden gemachten Auflagen getreulich erfüllen werden u. s. w. Jetzt kann das schon eher für Erbeinsetzung gelten. Nur im Allgemeinen läßt sich hierüber nichts festsetzen. Die Absicht des Testirers ist hier vor Allem zu berücksichtigen³⁰⁾; um sie zu ermitteln kommen auch die gebrachten Ausdrücke ganz besonders in Betracht^{30a)}). Liegt in diesen überall keine bestimmte Erklärung darüber: Wer Erbe seyn solle, — so kann die

28) L. 15 C. de testamentis (aus d. J. 339).

29) GAI Inst. II. 116. 117. ULPIANI Fragm. Tit. XXI.

30) L. 1 D. de jure codicillor. (XXIX. 7). „Saepissime rescriptum et constitutum est, eum qui testamentum facere opinatus est, nec voluit quasi codicillos id valere, videri nec codicillos fecisse; ideoque quod in illo testamento scriptum est, licet quasi in codicillis poterit valere, tamen non debetur“.

30a) L. 16 §. 1 D. de codic. „Voluntatis autem quaestio ex scripto plerumque declarabitur. Nam si forte a Titio legata reliquit, substitutum adscripsit, heres si non extitisset, sine dubio non codicillos, sed testamentum facere voluisse intelligetur“.

Disposition nie als f. g. directe Erbeinsetzung bestehen. So würden wir auch heut zu Tage die Verfügung: meinem künftigen Erben, wer er auch sey, trage ich Dies oder Jenes auf³¹⁾, mit den juristischen Klassikern nur für einen Codizill gelten lassen dürfen. Wenn nun aber Jemand etwa auf folgende Art verfügte: meine nächsten Verwandten sollen meinen Nachlaß dergestalt unter sich vertheilen, daß meine noch lebende Schwester oder deren Kinder $\frac{2}{3}$, meines verstorbenen Bruders Kinder $\frac{1}{3}$ desselben erhalten, — so müßte diese Disposition nach den Grundsätzen des neuesten Rechts als eine wahre Erbeinsetzung angesehen werden³²⁾. Darum darf man denn auch wohl sagen: wäre nach dem Willen der Theodosischen Verordnung vom J. 439 das testamentum posterius imperfectum als bloßer Intestat-Codizill zu be-

31) C. L. 3 pr. D. de codicill. „Si quis, quum testamentum nullum habebat, *codicillis fideicommissa hoc modo dedit: quisquis mihi heres erit bonorumve possessor, ejus fideicommitto*“ u. s. w.

32) Selbst wenn der Erblasser seine Disposition einen Codicill genannt hätte, müßte sie doch als eigentliches Testament gelten, sobald sie dessen Erfordernisse hat. Denn: Testamentum non ideo infirmari debet, quod diversis hoc deficiens (der Erblasser) nominibus appellavit, cum superflua non noceant; *praetermissa* namque necessaria, non abundans cautela — testatoris officit voluntati“ — heißt es in einer Constitution der RR. Arcadius und Honorius, L. 2 Th. C. de test. et cod. (IV. 4), oder L. 17 Just. Cod. de testam. — Uebrigens würde es auch nicht als wahre Erbeinsetzung angesehen werden dürfen, wenn der Erblasser einzelne Sachen oder Summen bestimmten Intestaterben zuweist. Davon ist aber hier nicht die Rede; sondern von vollständiger Vertheilung der Erbschaft nach Quoten.

trachten, so würde es nicht möglich seyn, den einzelnen Intestaterben dadurch bestimmte Erbquoten zuzuwenden; nimmt man aber diese Möglichkeit an, so muß man ein solches Testament auch als ein eigentliches gelten lassen³³⁾.

Aber auch auf einem anderen Wege läßt sich darthun, daß ein *test. posterius imperfectum* mehr gelten muß, als ein *codicillus ab intestato*. Sowohl nach Pandektenrecht, als nach der Verordnung des K. Theodosius ist erforderlich, daß die Intestaterben ausdrücklich eingesetzt werden³⁴⁾. Dadurch unterscheidet sich denn unser *testamentum posterius imperfectum* auf das Bestimmteste von einem Intestat-Codicill; denn zu diesem gehört nur eine Codicillarverfügung, die unabhängig von einem Testament besteht, in Folge dessen aber die Intestaterben die Codicillar-Dispositionen zu erfüllen haben, gleich als ob sie zu Erben eingesetzt wären (s.

33) Daß das *test. posterius imperfectum* mehr als ein bloßer Intestatcodicill sey, giebt auch Harmenopolus zu erkennen. Zwar sagte er: die Intestaterben succedirten hier in Folge des ihnen zustehenden natürlichen Rechts; allein er betrachtet dies doch nur als den Grund, weshalb das *testamentum imperfectum* die Kraft eines *perfectum* habe, und erklärt die Erben darum für verpflichtet die Vermächtnisse auszuführen, weil sie ja überhaupt das Testament anerkannten, oder aus demselben succedirten; *Const. HARMENOPULI Procheiron* oder *manuale legum* L. 5. Tit. X. §. 27, in dem *Supplement. thes. MEERM.* p. 321.

34) L. 2 D. *h. t.* — „*vel in eo scriptus est, qui ab intestato venire potest.*“ — L. 21. §. 5 C. *de testam.* — „*nisi in secunda voluntate testator eos scribere instituit, qui ab intestato ad ejus hereditatem vocantur.*“

oben Note 21). Durch bloße Codizille aber kann ein Erbrecht nicht aufgehoben werden³⁵⁾; ungeachtet also das *testamentum posterius imperfectum* die Form mit den Codizillen gemein hat, so beruht doch die ihm beigelegte Kraft, das frühere Testament zu rumpiren, lediglich auf der ausdrücklichen Einsetzung der Intestaterben. Hiedurch ist ihm denn zugleich die Bedeutung eines wahren Testaments beigelegt, und die Regel: *codicillis hereditas adimi nequit* besteht ohne Ausnahme³⁶⁾. Daraus folgt denn aber zugleich, daß auch die einem Testamente hinzugefügte Codicillarclausel nicht bewirken könne, daß dasselbe als *testamentum posterius imperfectum* aufrecht erhalten werde. Diese Clausel hat bekanntlich die Wirkung, daß das Testament nunmehr als Codizill besteht, wenn die Solemnitäten einer Codizillarverfügung beobachtet sind. Ist nun ein früheres Testament überall nicht vorhanden, so gilt das mit der Codizillarclausel versehene als Intestatcodizill³⁷⁾, sonst aber als testamentarischer Codizill, d. h. der in dem früheren Testamente eingesetzte Erbe ist dadurch für aufgefordert zu halten, das zweite

35) §. 2. J. *de codicillis*. L. 2. C. *cod.* (VI. 36.)

36) Zwar konnte in der Entziehung des Erbrechts durch Codizill eine Indignitätserklärung liegen, in Folge deren ein Erbe durch den *Fiscus* ausgeschlossen wurde; L. 4. C. *de his, quibus ut indignis* (VI. 35.). Allein seit der *Lex Jul. Papia et Poppaea* greift das Recht des *Aerariums* allenthalben willkürlich in die Grundprinzipien des röm. Erbrechts ein; daraus darf man keine Rechtsregeln bilden. Die Regel, daß ein früheres Testament nur durch ein neues Testament und nicht durch Codizille rumpirt werden kann, besteht ganz ausnahmslos.

37) L. 88. §. 17. D. *de leg.* II. — Vgl. L. 3. pr. D. *de codicill.*

Testament als Fideicommiß zu erfüllen³⁸⁾. Der Codicillarclausel können keine andern, am wenigsten höhere Wirkungen beigelegt werden, wie einer Disposition, die sich geradezu als Codizill ankündigt. Freilich aber kann sie einem Testament auch nicht nachtheilig werden. Ist sie einem in aller Hinsicht zu Recht beständigen Testamente beigelegt, so behält dieses auch in Ansehung der *vin rumpendi* seine volle Bedeutung³⁹⁾; waren daher in einem zweiten vor 5 Zeugen errichteten Testamente die Intestaterben eingesetzt, so würde dadurch das frühere nicht minder rumpirt seyn, wenn die Codicillarclausel sich beigelegt findet, als ohne diese.

Daß die nächsten Intestaterben eingesetzt seyn müssen, versteht sich ganz von selbst: es sollen diejenigen eingesetzt werden, welche „ab intestato *ad ejus hereditatem vocantur*“⁴⁰⁾; darunter können natürlich nur Die gemeint seyn, welche ohne Testament die Erbschaft erhalten haben würden, nicht aber Alle die das Gesetz, wenn sie die Reihe treffen wird, zur Intestaterbfolge beruft⁴¹⁾. Die Reihe ist hier, wie überhaupt bei der In-

38) Arg. L. 3. §. 2. D. *de codicillis*. — Jo. Aug. HELLFELD de effectu clausulae codicillaris testamento, quod rumpitur, adjecto (opp. minora T. I. opusc. XVIII. p. 401 sqq.) Cap. III. §. 34.

39) HELLFELD l. l. Cap. II. §. 22. — E. auch L. 17 C. *de test.*

40) L. 21. §. 5. C. *de testam.* — Ähnlich äußert sich Ulpian in L. 2 D. h. t.

41) ALTNER diss. de test. post. imperfecto u. s. w. §. 29. — Auf gewisse Weise wird dieser Grundsatz durch die L. 12. §. 1. D. *de Bon. poss. contra tab.* (XXXVII. 4.) modificirt, wovon unten (nr. IV. dieses §.) eine genauere Interpretation erfolgen soll.

testaterbfolge⁴²⁾ nach der Zeit der Delation des Erbrechts zu bestimmen. Mag daher der Testirer immerhin, als er das zweite Testament errichtete, nur an seine damals vorhandenen nächsten Intestaterben gedacht haben, so schadet es der Gültigkeit des testamentum posterius doch nicht, daß diese beim Tode des Testirers sämtlich nicht mehr vorhanden sind, — vorausgesetzt nämlich, daß er in allgemeinen Ausdrücken seine nächsten Intestaterben einsetzte. Denn anders verhält es sich freilich, wenn er die Erben bestimmt, entweder individuell oder wenigstens nach Stämmen, bezeichnet hat. Der Erblasser sagt z. B.: ich setze meiner verstorbenen Schwester Kinder zu Erben ein. Sind diese die alleinigen nächsten Intestaterben, und sind sie es noch zur Zeit des Anfalls der Erbschaft, so kann natürlich jene Bezeichnung der Gültigkeit das test. posterius imperfectum keinen Eintrag thun. Wären sie aber inzwischen selbst ausgeschieden, so würden sich ja die nächsten Intestaterben nicht eingefügt finden, folglich kann das Testament auch nicht als testamentum posterius imperfectum bestehen⁴³⁾. — Eine andere sich von selbst verstehende Bedingung des Rechtsbestandes eines solchen Testaments ist, daß sämtliche nächste Intestaterben — nicht etwa nur der eine oder der andre — eingefügt seien. Auch hierüber äussert sich das

42) L. 2. §. 6. D. de suis et legit. (XXXVIII. 16.)

43) Daß die Wirkung der Ruption hier gewissermaßen in *suspensio* bleibt, indem das frühere Testament nicht als rumpirt erscheint, wenn diejenigen nicht eingefügt sind, welche beim Tode des Erblassers die Nächsten zu seiner Erbschaft sind, kann keine Bedenkllichkeit erregen, da sich etwas ganz Aehnliches bei der Ruption eines Testaments durch *postumi agnatio* findet. L. 12. pr. D. h. t.

Gesetz so bestimmt, daß eine entgegenstehende Ansicht, welche sich darauf stützt, daß Ulpian nur im Singular spricht (— „vel in eo scriptus inveniatur, qui ab intestato venire potest“), wohl nur angeführt, nicht widerlegt zu werden braucht⁴⁴⁾.

Wenn ein Extraneus neben den Intestaterben eingesetzt ist, so schadet dies dem Rechtsbestande des test. posterius eben so wenig, wie wenn sonst einer der Mit-erben nichts erhalten kann; sein Antheil accrescirt hier den Uebrigen⁴⁵⁾. Vermächtnisse dritten Personen zuzuwenden steht nichts entgegen, da das Gesetz nur von der Erbeinsetzung spricht; darum kann denn auch selbst die Erbeinsetzung eines Extraneus durch die Codicillarklausel als Fideicommiß aufrecht erhalten werden, d. h. die miteingesetzten Intestaterben restituiren ihm alsdann seinen Erbtheil nach Abzug der s. g. Trebellianischen Quart. — Ob directe Substitutionen dritter Personen überhaupt irgend einen rechtlichen Erfolg haben können? möchte man auf den ersten Anblick sehr geneigt seyn unbedingt zu verneinen. Denn sie sind nur in vollständigen Testamenten möglich und an fideicommissarische Vermittlung ihrer Giltigkeit scheint hier nicht gedacht werden zu dürfen, da von dem Recht des Substituten ja erst die Rede seyn kann, wenn der zuerst ernannte Erbe ganz

44) ALTNER diss. cit. §. 25. 26. S. Marani Paratitla l. l. p. 695.

45) Arg. L. 21. §. 3. C. de test. — „Si in huiusmodi voluntate (es ist hier die Rede vom testam. parentum inter liberos), liberis alla sit extranea mixta persona, certum est, eam voluntatem defuncti, quantum ad illam dantat permixtam personam, pro nullo haberi, sed liberis accrescere.“ — ALTNER l. l. §. 29.

wegfällt. Dennoch muß man der Subzillarclausel möglicherweise die Wirkung zugestehen, daß durch sie der Substitut einen fideicommissarischen Erbaanspruch erhalten könne⁴⁶⁾. Es muß dabei nämlich an ein destituirtes Testament gedacht werden, dessen mittelbare Erhaltung durch die Subzillarclausel möglich ist⁴⁷⁾. Man nehme also an, der nächste Intestaterbe schlägt die Erbschaft aus, oder stirbt beim Leben des Erblassers, oder verliert sonst seine Erbfähigkeit. Zuvörderst leidet es keinen Zweifel, daß nichts destoweniger das frühere Testament rumpirt bleibt; denn in Hinsicht auf diese Wirkung gilt das *testamentum posterius imperfectum* als ein vollständiges Testament. Hier kommt also der Grundsatz zur Anwendung: *Nihil interest, an exstiterit aliquis ex posteriore testamento heres, an non exstiterit, hoc enim solum spectatur, an aliquo casu exsistere potuerit*⁴⁸⁾. Indessen müssen dabei zwei Fälle unterschieden werden: a) der Erbe verzichtet ganz und gar auf die Erbschaft, oder wird unfähig. In diesem Falle scheint nun das Testament unter der hier angenommenen

46) Arg. L. 76. D. *ad Sc. Treb.* (XXXVI. 1). „Si pater filium suum impuberem ex asse scripserit heredem, eique codicillis substituerit, deinde filius impubes decesserit, licet substitutio inutilis sit, quia codicillis hereditas neque dari, neque adimi potest, tamen benigna interpretatione placet, ut mater, quae ab intestato pupillo successit, substitutis fideicommisso obligetur,“ und besonders L. 6. pr. §. 1. u. 2. D. *si quis omissa causa test. ab int. possid. hered.* (XXIX. 4). S. unten Note 54 und den dazu gehörigen Text.

47) Arg. L. 6. pr. D. *si quis omissa causa test.*

48) §. 2. J. *quib. mod. test. infirm.*

Voraussetzung, daß die nächsten Intestaterben eingesetzt sind, überall nicht als *testamentum destitutum* betrachtet werden zu können. Denn, wer die nächsten Intestaterben seien? ist ja keineswegs schlechthin nach der Todeszeit des Erblassers zu bestimmen, sondern der nächste ist hier Derjenige, welcher zur Zeit der Delation der Erbschaft durch keinen Näheren ausgeschlossen wird, und dies Verhältniß kann sich noch nach des Erblassers Tode verändern⁴⁹⁾. Indessen ist dabei lediglich von dem Zeitpunkte die Rede, wann Jemand als *intestatus* zu betrachten sey⁵⁰⁾. Dies würde auch in unserem Falle genau so zu bestimmen seyn, wenn es hier überhaupt zur Intestaterbfolge käme. Wäre die Codicillarclausel dem Testamente nicht beigefügt, so würde die reine Intestaterbfolge eintreten⁵¹⁾, und nun wäre es allerdings möglich, daß als die Nächsten zur Erbschaft Solche berufen würden, welche bei dem Tode des Erblassers durch viel Nähere ausgeschlossen waren. Allein hier ist ja von einem testamentarischen Erbrechte die Rede. Dies aber wird regelmäßig beim Tode des Erblassers deferirt⁵²⁾;

49) §. 6. Inst. *de legit. agnat. succ.* — — *saepe accidit, ut proximior mortuo proximus esse incipiat, qui moriente testatore non erat proximus.*“

50) L. 2. §. 6 D. *de suis et legitim.* (XXXVIII. 16). „*Proximum non eum quaerimus, qui tunc fuit, quum moreretur paterfamilias, sed eum, qui tunc fuit, quum intestatum decessisse certum est.*“ — Bgl. §. 7. in f. Inst. *de heredit. quae ab int. defer.*

51) §. 2. J. *quib. mod. test. infirm.* — — „*si quis — noluerit heres esse, — — paterfamilias intestatus moritur.*“

52) Bgl. L. 13. pr. u. §. 2. D. *de acquir vel omitt. hered.* (XXIX. 2.)

es kann auch, wenn keine Substitutionen angeordnet, und wirksam angeordnet sind, nur einmal deferirt werden, so daß mithin, falls der testamentarische Erbe ausschlägt oder unfähig wird, nothwendig die Intestaterbfolge eintritt. Bei unbedingter Einsetzung der Intestaterben ist also immer nur Der als Testamentserbe anzusehen, welcher beim Tode des Erblassers zur Intestaterbfolge gerufen seyn würde, falls kein Testament vorläge; aus dem Testamente können die nachfolgenden Intestaterben nie anders als in Folge einer Substitution die Verlassenschaft erwerben. In unserem Falle aber sind sie auch von der Intestaterbfolge ausgeschlossen. Denn die einem zweiten Testamente hinzugefügte Codicillarclausel bewirkt, daß das Testament als testamentarischer Codicill (*codicillus post testamentum factus*) aufrecht erhalten, folglich das erste Testament gar nicht rumpirt wird (s. oben Note 38). Nunmehr äussert aber die Substitution ihre Wirkungen, d. h. der Substitut fordert von dem im ersten Testamente eingesetzten Erben die Erbschaft als Fideicommiß. — Betrachten wir jetzt b) den zweiten Fall: der eingesetzte Erbe schlägt nur die testamentarische Verlassenschaft aus, will aber ab intestato succediren. — Bekanntlich muß er in einem solchen Falle dennoch die Vermächtnisse in der Regel erfüllen⁵³⁾. Allein als ein ihm in der Eigenschaft eines testamentarischen Erben auferlegtes Fideicommiß darf ja das eventuelle Recht des Substituten aus der Codicillarclausel nie angesehen werden, indem es erst wirksam wird, wenn Jener aufhört, testamentarischer Erbe zu seyn. Darum wird dem Substituten aber sein Recht keineswegs durch

53) L. 1. pr. D. *si quis omissa causa testam. ab intestato possid. heredit.* (XXIX. 4.).

Ausschlagung der testamentarischen Verlassenschaft vereitelt, es muß vielmehr die Codizillarclausel hier so interpretirt werden: sollte der nächste Intestaterbe die Erbschaft aus dem Testamente nicht erwerben, so ist dies Testament überall nicht als ein eigentliches, sondern nur als Nachtrag zu dem früher errichteten anzusehen; dies wird mithin nicht rumpirt, sondern der in demselben eingesetzte Erbe nur verpflichtet, den Inhalt des zweiten, soweit derselbe nunmehr noch bestehen kann (also mit Ausschluß der institutio primi heredis) zu erfüllen. So würde hier also dasselbe Resultat eintreten, wie in dem vorigen Falle. Indessen kommt dabei immer der Inhalt der zweiten Disposition, also der Wille des Testirers in Betracht. Daß die Codizillarclausel in der Regel die eben bestimmte Wirkung hat, mithin das frühere Testament nicht rumpirt wird, ist ja gleichfalls aus dem präsumtiven Willen des Erblassers abzuleiten. Es wird daher auch die erfolgte Ruption des ersten Testaments dadurch keineswegs unwirksam, daß der Testirer selbst dem Erben gestattet, die testamentarische Verlassenschaft auszuschlagen und dieselbe als Intestaterbe zu erwerben. Für einen solchen Fall kann den auch der Testirer das Recht dritter Personen im Voraus berücksichtigen, d. h. er kann den Intestaterben mit Auflagen belästigen, wie in jedem Intestatcodizill, folglich auch bestimmen, daß das zweite Testament eventuell als Intestatcodizill gelten solle. Alsdann haben sie dasselbe so zu erfüllen, wie wenn alle in demselben enthaltenen Dispositionen in einem Intestatcodizill auferlegt wären. Dahin gehört denn auch der Anspruch aus der Substitution, indem die Bedingung derselben, Destitution des Testaments, jetzt eingetreten ist.— Die Möglichkeit, mit testamentarischer Erbeinsetzung ei-

nen Intestatcodicill eventuell zu verbinden, wird man schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zugeben müssen; sie wird aber auch ausdrücklich durch eine Stelle aus Ulpianus Lib. 50 ad edict. bestätigt, wo es heißt: „fratrem suum (testator) scripsit heredem, et codicillos fecit ab intestato, petitque a fratre, ut, si legitima hereditas ad eum pertinuerit, fideicommissa praestaret quibusdam“⁵⁴⁾ u. s. w.

Will nun also der Erblasser zwar seine Intestaterben zunächst einsetzen, damit aber eine direct wirksame Substitution verbinden, so muß er ein der äusseren Form nach ganz vollständiges Testament errichten: Nur für einen Fall könnte dies auch durch ein testamentum posterius imperfectum bewirkt werden, wenn nämlich der Testator seine gegenwärtigen nächsten Erben einsetzt und ihnen diejenigen substituirt, welche bei seinem Tode die nächsten seyn werden. Alsdann ist nämlich auch

54) L. 6. pr. u. §. 1. D. si quis omissa causa test. Dieser Fall ist dem unsrigen im Wesentlichen ganz analog. Denn ob Jemand geradezu ein Fideicommiss anordnet, oder vermittelt der Codicillarclausel, kann keinen Unterschied machen. Darin besteht ja gerade die Wirkung der letzteren, daß die Disposition als Fideicommiss aufrecht erhalten wird, weshalb es denn auch von einem mit der Clausel versehenen Testamente heißt: dasselbe habe verba fideicommissi (L. 11. §. 1. de leg. III. L. 29. pr. D. qui test. fac. XXVIII. 1.) Auch dasjenige, was hier über die Ordnung gesagt ist, in welcher die Auflagen zu erfüllen seyn, läßt sich auf unsern Fall anwenden: die in dem Testamente angeordneten Vermächtnisse sind zuerst zu erfüllen, und sodann die in dem Intestatcodicill besonders gemachten Auflagen. Mit hin hat auch der Substitut nur auf den Theil der Erbschaft einen Anspruch, welcher nach Auszahlung der Vermächtnisse übrig bleibt.

in Ansehung der Substituten die wesentliche Bedingung der Gültigkeit eines *testamentum posterius imperfectum* — Einsetzung der nächsten Intestaterben — vorhanden, sie beerben mithin den Erblasser direct aus dem Testament.

Das Gesetz bestimmt buchstäblich: daß in dem ersten Testamente solche Individuen eingesetzt seyn müßten, welche die Erbschaft nicht ab Intestato erhalten haben würden⁵⁵⁾. Wenn daher ein Intestaterbe, allein oder mit Extraneis, im ersten Testamente eingesetzt ist, so kann dies Testament durch ein *testamentum posterius imperfectum* nicht rumpirt werden, gesetzt auch, Sener wäre ebenfalls in dem zweiten, neben den übrigen zur Intestaterbfolge Berechtigten, zum Erben ernannt worden. Schon aus diesem Grunde müßte die Frage verneint werden, welche gewöhnlich so gestellt wird: ob ein vollständiges Testament, worin ein Vater sein unmündiges Kind zum Erben eingesetzt und ihm Extraneos pupillariter substituirt hat, durch ein *test. posterius imperfectum*, in welchem die nächsten Intestaterben des Kindes substituirt sind, aufgehoben werde⁵⁶⁾? Denn die Pupillarsubstitution besteht nur als Theil des väterlichen Testaments⁵⁷⁾,

55) — „in priore testamento scriptis his, qui ab intestato ad testatoris hereditatem vel successionem venire non poterant“ L. 21. §. 5. C. de testam.

56) A. M. ist mit BARTOLUS ad h. l. ALTNER diss. cit. §. 30, gegen BALDUS u. a. ältere Interpreten. Bei den Neueren finde ich die Frage gar nicht berührt.

57) „Nam pupillare testamentum pars et sequela est paterni testamenti, adeo ut, si patris testamentum non valeat, nec filii valitura sit“; §. 5. J. de pupill. substit.

es müßte also auch die in diesem enthaltene Erbeinsetzung durch das zweite Testament aufgehoben werden, sollte die neue Pupillar-Substitution möglicherweise bestehen können. Gesezt aber auch, das Kind wäre in dem ersten Testamente (versteht sich in guter Absicht) enterbt, so scheint es doch angemessener zu seyn, das Recht des testamentum posterius imperfectum auf Pupillar-Substitutionen überhaupt nicht zu beziehen. Denn das Gesetz ist als singuläre Verordnung strikt zu interpretiren; es spricht aber wörtlich nur von des Erblassers (testatoris) nächsten Intestaterben⁵⁸⁾.

Wir haben jetzt noch die Vorschrift des Gesetzes zu betrachten, welche sich auf die Form des testamentum posterius imperfectum bezieht: „In qua voluntate (heißt es) *quinque testium juratorum depositiones sufficient* (im Justin. Codex *sufficiunt*): quo non facto, valebit primum testamentum, licet in eo scripti videantur extranei“⁵⁹⁾. — Zuvörderst fragt es sich: was wird unter den *testium juratorum depositiones* verstanden? Gehört dies zur Form des Testaments, oder bezieht es sich nur auf den Beweis, daß die Disposition vor fünf Zeugen zu Stande gekommen sey? — Ist Ersteres zu bejahen, so darf man nicht sagen, daß das testamentum posterius imperfectum die Form eines Codizills habe. Denn daß eine Beeidigung der Codizillar-Zeugen bei Errichtung der Disposition nicht erfordert werde, und nie erfordert wurde, ist außer allem Zweifel.

Schon die Glossatoren waren hierüber uneins; doch billigt Accursius die Ansicht, daß jene Vorschrift nicht

58) BRUNNEMANN ad h. l. nr. 5.

59) L. 21. §. 5 in f. C. de testam. (Nov. Theod. cit. §. 7 in f.)

auf die Entstehungsform, sondern auf den Beweis zu beziehen sey⁶⁰⁾. Später hielt man dies für so ausgemacht, daß die entgegenstehende Meinung gar nicht weiter zur Sprache kam, und man nur darüber stritt: ob die eibliche Erhärtung des Geschehenen auch bei einem schriftlichen, oder ob sie nur bei einem mündlichen testamentum posterius imperfectum nöthig sey⁶¹⁾. In neuerer Zeit ist aber wieder die Meinung vertheidigt, daß eine Vereidigung der Zeugen zur Form der Disposition gehöre⁶²⁾. Dieser Ansicht stellen sich aber sehr erhebliche Gründe entgegen. Der Ausdruck *testium depositiones* kann seiner wörtlichen Bedeutung nach nicht füglich etwas anders heißen, als das, was wir nennen: Zeugen-Aussagen, — eine Angabe der Zeugen über Das, was sie wissen. So wird dieser Ausdruck denn auch im römischen Rechte gebraucht⁶³⁾. Auf die Form eines Rechtsgeschäfts bezogen könnte man sich darunter nur eine Erklärung der Zeugen denken, dem Act als Zeugen beizumohnen zu wollen. Man wird aber keine einzige Stelle beibringen können, wonach der Ausdruck diese mit

60) Glossa *Accursii depositiones ad h. l.*

61) S. BRUNNEMANN l. l. nr. 7 sqq. und ALTNER diss. cit. §. 32. — Die Lehrbücher lassen sich auf die ganze Vorschrift sehr selten ein, und diejenigen, welche es thun, erfordern doch nur, daß die Zeugen ihre Angaben, oder das Daseyn des letzten Willens eiblich bestärken. So Thibaut Pandektenrecht §. 849 a. E. der 8. Ausg. und Haimberger reines römisches Privatrecht Bd. 3. §. 357.

62) Marezoll Bemerkungen über einzelne Fragen aus dem römischen Civilrechte Nr. 4; im Magaz. für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung von Großmann und v. Löhr Bd. IV. Nr. XI. S. 273 fg.

63) J. B. in L. 3 C. si minor se major dixer. (II. 48).

dem eigentlichen Wortverstande so wenig übereinstimmende Bedeutung gehabt hätte. Was sollten denn die Zeugen auch hier beschwören, und Wem sollten sie es beschwören? dem Testirer? oder dem Notarius, den dieser etwa bei dem Act zuzog? Daß je eine so sonderbare Formalität im römischen Rechte gegolten habe, davon findet sich in unsern Quellen nicht die geringste Spur. Allerdings bezeugen die Instrumentenzeugen durch ihre Unterschriften das Geschehene. Aber etwas ganz Unerhörtes wäre es; wenn ihnen dabei ein Eid abgefordert werden sollte, und mit Recht heißt es daher in der Glosse: „intellige (nämlich in Beziehung auf die jurata depositio), ut jurent in causa coram iudice. *Nunquam enim reperitur, quod tabelliones possint recipere talia sacramenta*“⁶⁴). — Wie kam denn nun aber der Kaiser

64) S. die angeführte Glosse. — Uebrigens herrscht hier, wie so oft in der Accurs'schen Glosse große Verwirrung, indem ganz widerstreitende Meinungen so neben einander stehen, als wenn sie eine einzige bildeten. Zuerst finden wir eine Erklärung, wonach die juratorum testamentum depositiones auf die Errichtungsform zu beziehen sind; („hic nota, quod sufficit si testes jurati dicant tabellioni: ita testatus est, ut sit instrumentum et testamentum“). Diese Erklärung wird aber durch ein: „Sed contra est“ verworfen, und nun folgt die oben im Texte enthaltene Glosse, wodurch eine Solemnität dieser Art als etwas Unerhörtes, mithin von dem Urheber der ersten Glosse offenbar Erdachtes bezeichnet wird. Dabei aber findet sich aber der Zusatz: „appellantur ergo depositiones: scripturae, quae fiunt de his, quae sacramento adseruntur, ut hic, et sic ponitur supra de episcopali audientia L. Jubemas“ (19). In dieser Stelle heißt es: nur diejenigen sollten als defensores ecclesiae eingeweiht werden, „qui sacro-

überhaupt zu einer solchen Bestimmung? – Dies erklärt sich, wie mir scheint, sehr wohl aus einer stylistischen Eigenthümlichkeit der Constitutionen späterer Zeit, wonach die Kaiser ihren Anordnungen gerne gewisse Nebengedanken beigemischten, besonders in Beziehung auf die Art des von dem Befehle zu machenden Gebrauches; am wenigsten versagte man sich dies alsdann, wenn man glaubte, daß der Ausdruck dadurch eine gewisse Fülle erhalte und recht ins Gewicht falle⁶⁵⁾. Erwägt man daher, daß die So-

sanctis orthodoxae religionis imbuti mysteriis, haec imprimis sub gestorum testificatione, praesente religiosissimo fidei orthodoxae antistite, per depositos cum sacramenti religione celebrandas patefecerint.“ Also der zu Ordinirende soll seine Rechtgläubigkeit zu Protocoll (daß ist die *gestorum testificatio*) eifrig versichern. Obgleich nun diese Stelle hier in keiner Hinsicht paßt, so sieht man doch, daß die am Schlusse excerpirtе Aeußerung (*appellantur* u. s. w.) nicht zu dem „*Sed contra est*“, sondern zu der ersten Meinung gehört, wie denn in den Marginalien der besseren Ausgaben bemerkt zu seyn pflegt: es fange mit dem Worte *appellantur* eine neue Glosse an. Accursius sucht beide Meinungen zu einem Ganzen durch die Bemerkung zu verbinden: „*quod hic et infra dicitur, intelligo ut jurant in causa coram iudice*“; offenbar ganz gedankenlos.

- 65) Nach Beispielen hiezu wird man nicht weit suchen dürfen. Hier mag nur die L. 25 C. *de adm. tut.* (V. 37) von Justinian genannt seyn, worin sich gleich in dem ersten Satz eine doppelte Einmischung dieser Art findet: „*Sancimus, creatione tutorum et curatorum cum omni procedente cautela, licere debitoribus pupillarum vel adultorum, ad eos solutionem facere, ita tamen, ut prius sententia judicialis sine omni damno celebrata hoc permisit.*“

lemnitätszeugen jedenfalls im Stande und bereit seyn müssen, wenn es von ihnen verlangt wird, ein eidliches Zeugniß über den Rechtsact abzulegen, so wird allein dadurch schon die allerdings seltsame Vermischung dessen, was zur Form des Geschäfts und was zum künftigen Beweise desselben gehört, vollkommen begreiflich. Mehr noch würde dies freilich der Fall seyn, wenn wir annehmen dürften, daß unter den christlichen Kaisern bei der Eröffnung der Testamente die noch vorhandenen Zeugen eidlich ihre Signaturen recognosciren mußten⁶⁶⁾, und nach dieser Analogie hätte sich denn eine eidliche Vernehmung mündlicher Testamentszeugen wohl von selbst vorstanden. Indessen auch ohne eine solche Nothwendigkeit können wir es nicht auffallend finden, daß dem Kaiser bei seiner Anordnung schon die künftige eidliche Deposition vorschwebte, und er den Gedanken: es müssen fünf tüchtige Zeugen zugezogen werden, so ausdrückte: es sollen hierbei aber die eidlichen Angaben von fünf Zeugen genügen.

Für den hauptsächlichlichen Inhalt der Constitution ist

66) Eine Novelle Leo's des Weisen (Nov. Leonis 44) scheint allerdings darauf hinzudeuten, daß die Zeugen ihre Signaturen hätten eidlich recognosciren müssen, wenn nicht das Testament auch mit dem Siegel des *magister census* versehen sey. Vgl. C. F. GLÜCK *de testamenti privati solemnibus probatione* §. 4 Note 16 (opusculor. Fasc. I. p. 46.) u. §. 7. (ebendas. p. 76 sqq.) Jedoch findet sich in den uns erhaltenen Eröffnungs-Protokollen von Testamenten aus der christlichen Kaiserzeit davon keine Spur. C. v. Savigny Erklärung einer Urkunde des sechsten Jahrhunderts in der königl. preuß. Academie der Wissensch. am 2. Nov. 1815 vorgelesen, und. Spangenberg im Archiv für civilist. Praxis Bd. V. Abh. V. S. 161 fgg.

nun die Vorschrift wegen eidlicher Erhärtung der Zeugnisse etwas sehr unwesentliches. Daher kann man auch den Streit über die Frage: ob es bei schriftlichen Testamenten derselben überall bedürfe? (s. Note 61) auf sich beruhen lassen, und nur der Vollständigkeit halber mag hier bemerkt seyn, daß sich überall kein Grund angeben läßt, weshalb eine allgemeine Vorschrift nicht auch allgemein verstanden und angewandt werden soll. Daß der Ausdruck: *scripti heredes* auch auf mündliche Erbeinsetzungen, gewissermaßen als technischer Ausdruck, bezogen wird, kann man gerne zugeben⁶⁷⁾; allein daraus folgt gewiß noch nicht, daß er immer nur auf die im mündlichen Testamente ernannten Erben gehe!

Auf die Form des *test. posterius imperfectum* bezieht sich auch die Frage: ob die Zeugen die Eigenschaft von Codizillarzeugen haben müssen, und überhaupt: ob alles Uebrige bei dem Testamente zu beobachten sey, wie bei einem Codizill⁶⁹⁾? Auch hierüber äußert sich der neueste Schriftsteller über die Constitution, aber nur mit den wenigen Worten: es bleibe sehr zweifelhaft, ob die übrigen Codizillarformen nöthig seien, da es ausdrücklich heiße: „*quinque testium juratorum depositiones sufficiunt*“⁷⁰⁾. — Es kommt freilich hier Alles darauf an, wie weit man die Codizillarform ausdehnt.

67) S. ALTNER diss. cit. §. 36.

68) M. vgl. dabei ALTNER diss. cit. §. 31, wo diese Frage freilich sehr oberflächlich abgefertigt wird.

69) Uebrigens bedarf es wohl keiner Bemerkung, daß auch hier bei mündlichen Testamenten das eidliche Zeugniß mit auf den Inhalt, bei schriftlichen nur auf den Testamentsact zu richten sey.

70) Marezoll a. a. D. S. 175.

a) Nach der jetzt wohl ziemlich allgemein angenommenen Meinung müssen die Zeugen Testamentszeugen-Eigenschaft haben. Daß hiervon auch der *A. Theodosius* in seiner Verordnung über das *testamentum posterius imperfectum* nicht habe abweichen wollen, ergibt sich klar genug aus dem Gesamttinhalt der Constitution. Hier ist zuerst nur von eigentlichen Testamenten und Testaments-Zeugen die Rede. Wenn es daher später ganz allgemein heißt: beim *test. posterius* genügen fünf Zeugen, so darf wohl kaum bemerkt werden, daß dadurch von der Qualität der Zeugen nichts nachgelassen sey. — b) Mündliche Codizille müssen in einer den Zeugen verständlichen Sprache erklärt seyn. Dies ist ein sich so ganz von selbst verstehendes Erforderniß, daß unmöglich der Kaiser gemeint haben kann, es sollen die Zeugen eidlich über etwas aussagen, was sie gar nicht verstanden haben! — c) Bei schriftlichen Testamenten verlangt man nach der jetzt herrschenden Meinung keine Besiegeln des Codizills durch die Zeugen, sondern nur eine Unterschrift derselben. Dies aber ist ein allgemeines Erforderniß aller schriftlichen Urkunden, wobei Zeugen zugezogen werden⁷¹⁾; folglich darf es auch nicht fehlen, wenngleich das Gesetz sagt, es seien so oder so viele Zeugen zu einem Geschäfte erforderlich oder genügend. — Der ganze Streit also: ob außer der Anzahl von Zeugen auch die

71) Bei den in früheren Rechtsquellen sich findenden Nachrichten über die Einrichtung solcher Urkunden, wird dies als sich von selbst verstehend vorausgesetzt, bei schriftlichen Testaments-Urkunden aber bestimmt erfordert (*L. 22. §. 4. L. 30 D. qui test. fac. poss.*), und Justinian schärft die Beobachtung der Zeugen-Unterschriften bei allen Urkunden sehr nachdrücklich ein. *S. insonderheit Nov. 73. c. 3 u. 5.*

sonstige Codizillarform nöthig sey, ist im höchsten Grade überflüssig.

III. Es muß das Testament aber auch in Absicht auf die Willenserklärung perfect seyn⁷²⁾. — Manches von dem, was hierüber gesagt werden wird, gehört dem practischen Resultate nach unter die zweite Regel, daß nämlich an den äusseren Solemnitäten nichts fehlen darf. Nach dem zur Zeit der juristischen Klassiker geltenden Recht ist es aber an dieser Stelle zu erörtern, indem eine Disposition auch ohne alle Solemnität dennoch als Fideicommiß bestehen konnte, wenn nur der Wille des Testirers, daß sie auf diese Art gelten solle, nicht zu bezweifeln war⁷³⁾. Dies hat sich nun

72) *Ferd. Christ. HARPRECHT* Diss. de testamento ratione voluntatis imperfecto (Tub. 1693); in dessen Dissert. academ. Vol. I. Nr. XLIV. p. 1572 sqq. .

73) Man könnte vielleicht glauben, schriftliche Codizille seien jedenfalls an die bekannte Vorschrift des Senatusconsultum unter Nero gebunden gewesen, welche Paulus (Rec. sent. Lib. V. Tit. 25. §. 6.) auf folgende Art referirt: die Urkunden sollten in der Zeugen Gegenwart auf die Art besiegelt werden, „ut in summa marginis ad mediam partem perforatae triplici lino constringantur, atque impositum supra linum (*al. impositae supr. lin.*, was zwar fast allgemein gebilligt, aber eine unnöthige Emendation ist, sobald man nur construirt: *supra imp. lin.*) cerae signa imprimantur, ut exteriores scripturae fidem interiori servent. *Aliter tabulae prolatae nihil momenti habent.*“ Zwar spricht Paulus buchstäblich nur von *tabulae*, „*quae publici vel privati contractus scripturam continent.*“ Allein daß die Vorschrift auch auf Testamente bezogen werden könne, ist bereits an einem anderen Orte dieses Commentars (Bd. 34. §. 1415 b. S. 435 fg. Note 68) nachgewiesen. Sehr glaubhaft ist

freilich durch Einführung einer bestimmten Codizillar-Form wesentlich geändert. Da hier aber vorzüglich Stellen aus der früheren Zeit in Betracht kommen, und die meisten

es nun freilich, daß das Senatusconsult nur für eigentliche *tabulae ceratae* (hölzerne, mit Wachs überzogene Tafeln, s. *Cl. SALMASIUS de subscribendis et signandis testamentis* p. 107 sqq.) gegolten habe. Allein es konnten ja auch in solchen *tabulae* Codizillarverordnungen gemacht werden; hatten denn diese alsdann gar keine Wirkung? Dies ist bei der bestimmten Art, wie sich die früheren Quellen über die gänzliche Formlosigkeit fideicommissarischer Verfügungen äußern, unmöglich anzunehmen; jedes verständliche Rede- oder Schrift- Zeichen, selbst ein Wink genügte zu einer solchen Verfügung (*L. 21 pr. D. de leg. III. L. 22 C. de fideic. VI. 42*, wo daß *adhibitis testibus* wohl durch Interpolation entstanden ist). — Von der Nothwendigkeit, sich zu Codizillar-dispositionen der *tabulae* zu bedienen und dieselben vorschriftsmäßig zu verschließen, ist nun sicher zu keiner Zeit die Rede gewesen. Denn gewöhnlich wurden die Codizille durch bloße an den testamentarischen oder Intestat-Erben gerichtete Schreiben angeordnet; ja eine solche Anordnung war selbst in dem Falle gültig, wenn der Testator in seinem Testamente sich vorbehalten hatte, Nachträge in versiegelten Codizillen zu errichten, aber nur unversiegelte gefunden wurden (*L. 89 pr. D. de leg. II. Vgl. über diese Stelle oben S. 1428. S. 206 fgg. dieses Bdes.*). Aber ich glaube, daß auch selbst in dem Falle, wenn Codizille in *tabulae ceratae* angeordnet waren, der Mangel einer gehörigen Besieglung noch nicht schlechthin Ungültigkeit der Verfügung zur Folge hatte. Die Urkunde allein und für sich betrachtet konnte freilich nichts beweisen, wohl aber mußte ihr Inhalt berücksichtigt werden, wenn sich erweisen ließ, daß der Erblasser diesen jedenfalls gewollt habe; denn mehr als dies war ja zu Codizillarverfügungen nicht nöthig.

der davon zu machenden Anwendungen auch nach dem practischen Gesichtspuncte geradezu unter die dritte Regel gehören, — so ist diese hier in dem Umfange zu erörtern, welchen sie zur Zeit des classischen Pandektenrechts haben konnte. Also

A) der Testirer ist bei bloßen Vorbereitungen zu einem Testamente stehen geblieben. — Der Fall, welchen man dabei gewöhnlich vor Augen hat, ist der: es findet sich ein schriftlicher Aufsatz, welcher den Inhalt der Disposition vollständig enthält, dem aber noch die durch das Gesetz vorgeschriebene Solemnisirung fehlt. Daß ein solcher Aufsatz nicht als Testament gelten kann, versteht sich von selbst, und es kommt auch nichts darauf an, ob es ein bloßer vorläufiger Entwurf, oder eine bereits zur förmlichen Vollziehung vorbereitete Urkunde, — ob der Aufsatz von dem Testirer selbst geschrieben, oder nach seinem Willen von einem Anderen concipirt ist. Ja wenn auch schon mit der Vollziehung der Anfang gemacht ist, aber noch irgend etwas von dem fehlt, was zur gesetzlichen Solemnität gehört, ist der ganze Act null und nichtig, z. B. die Vorlesung, wo diese erforderlich ist⁷⁴⁾, oder die Unterschrift eines Zeugen oder des Testirers selbst, gleichviel, ob dies durch ein Versehen unterblieben ist, oder ob die vollständige Vollziehung durch einen Zufall, z. B. durch den plötzlichen Tod des Testirers, verhindert wurde. — Und ein Gleiches muß auch in dem Falle gelten, wenn zwar an den rechtlichen Erfordernissen nichts fehlt, allein der Testirer noch eine Solemnität beabsichtigte, diese aber unterblieben ist.

74) L. 8 C. *qui test. fac. poss.* (VI. 22). Not. Ordnung Mar. I. Tit. von Testamenten (II) §. 3 u. 9. — Bgl. HARPRECHT diss. cit. §. 13.

Auf beide Puncte kann folgende, aus dem vierzehnten Buche der Responsa von Paulus genommene Stelle bezogen werden: „Ex ea scriptura, quae ad testamentum faciendum parabatur, si nullo jure testamentum perfectum esset, nec ea, quae fideicommissorum verba habent, peti posse“ (respondit)⁷⁵⁾. Und auf ähnliche Art äussert sich Ulpian, gestützt auf eine kaiserliche Autorität. „Quoties quis exemplum testamenti praeparat, et prius decedat, quam testetur, non valent quasi ex codicillis, quae in exemplo scripta sunt, licet verba fideicommissi scriptura habeat; et ita D. Pium decrevisse Maecianus scribit“⁷⁶⁾.

Salmasius versteht unter der scriptura ad testamentum faciendum parata eine Urkunde, welche nur die Namensunterschrift des Testirers und allenfalls die Nebenbestimmungen, z. B. die Codicillarclausel enthält, worin aber die Namen der Erben erst eingetragen werden sollen, nachdem der Testirer den Zeugen die Urkunde vorgewiesen und dieselbe für sein Testament erklärt hat⁷⁷⁾. Und allerdings wäre es möglich, daß die Juristen einen solchen Fall vor Augen gehabt haben, wenn anders die Relation von Sueton richtig ist: „Cautum, ut in testamentis primae duae cerae vacuae signaturis ostenderentur“⁷⁸⁾; d. h. wenn der Testirer die Namen der Erben vor den Zeugen (d. h. hier die signaturi)

75) L. 29 pr. D. *qui test. fac. poss.* (XXVIII. 1).

76) L. 11. §. 2 D. *de legat.* III.

77) *Cl. SALMASIUS de subscribendis et signandis testamentis* Cap. XXIX. p. 291.

78) Suetonius in *vita Neronis* cap. XVII. — Er trägt dies gleich hinter der oben (Note 73) bereits erwähnten

verborgen halten wollte, so sollte er doch jedenfalls die mit seiner eigenhändigen Namensunterschrift versehenen beiden ersten Tafeln (*primae duae cerae*) denselben vorzeigen, und erklären, daß dies sein Testament sey, worauf er alsdann die Namen der Erben eintragen konnte⁷⁹⁾; geschah dies aber nicht, so galt natürlich nichts von dem, was das Testament sonst etwa noch enthalten mochte. Also: Ulpian wie Paulus können freilich an diesen Fall gedacht haben; indessen ist es weder nöthig noch auch nur zulässig, die Anwendung der Stellen hierauf zu beschränken. Wir müssen vielmehr die darin enthaltene Aeußerung ganz allgemein so verstehen: so oft irgend etwas an dem Testamente fehlt, was nach gesetzlicher Bestimmung so wie nach dem Willen des Gesetzgebers noch hinzukommen sollte, kann von dem Inhalte der testamentarischen Urkunde nichts gelten⁸⁰⁾. Der Mangel gesetzlicher Solemn-

Bestimmung über die Einrichtung der Urkunden vor. Doch sagt er nicht, daß Beides in demselben *Set.* angeordnet sey, wofür auch nichts beweist, daß beide Nachrichten zusammengestellt sind; denn sonst müßte auch das Folgende: „*ne quis alieni testamenti scriptor legatum sibi adscriberet,*“ ferner „*ut litigatores pro patrociniis certam justamque mercedem pro subsellis nullam omnino darent*“ — u. s. w. durch dasselbe Gesetz bestimmt seyn. — Vgl. noch ERNESTI ad Sueton. l. l. not. d.; keine gegen die Juristen gerichtete Bemerkung, welche glauben, daß Sueton hier die Entstehungszeit des *Senatusconsultum Libonianum* falsch angegeben habe).

79) SALMASIUS l. l. p. 290.

80) A. FABER (in den *error. Pragmaticor. Dec. XXXV. Err. 8*) will die Stellen überhaupt nicht von einem *testamentum imperfectum ratione voluntatis*, sondern

täten allein kommt hier nicht in Betracht, sondern auch, und zwar sehr vorzugsweise, der Mangel dessen, was nach dem bestimmten Willen des Testirers noch hinzukommen sollte. Dadurch erhält erst das: *nec ea, quae fideicommissorum verba habent, valent*, seine rechte Bedeutung; wir dürfen, was hier damit gemeint ist⁸¹⁾, so ausdrücken: auch dasjenige, was nach gesetzlichen Gründen gelten könnte, gilt nicht, so lange noch kein äußerlich vollständiges Testament vorliegt. Gesezt also, das Testament könnte als Fideicommiß aufrecht erhalten werden, so würde dennoch die Codicillarclausel in dem hier vorausgesetzten Falle unwirksam seyn. Denn diese bildet ja doch auch nur einen Theil des Testamentsentwurfs; so lange es nur ein solcher ist, kann daher nichts von

nur von einem solchen verstanden wissen, dem die gesetzlichen Solemnitäten fehlen. Dann hätte aber nicht gesagt werden können: „*nec ea, quae fideicommissorum verba habent, peti posse.*“ Denn zu deren Giltigkeit bedurfte es ja überall keiner gesetzlichen Solemnitäten. Ueberhaupt dürfen wir die von beiden Juristen fast mit den nämlichen Worten vorgetragene Regel so allgemein wie möglich verstehen: wenn irgend etwas an dem Testamente fehlt, was, gleichviel aus welchem Grunde, für wesentlich gehalten werden muß, so gilt nichts.

- 81) An und für sich umfaßt nämlich der Grundsatz auch diejenigen Fälle, wo ein äußerlich vollständiges Testament vorhanden, nur aber die Willenserklärung noch nicht vollständig erfolgt ist (s. die Ausführung unter B), oder sonst dem Testamente ein wesentliches Erforderniß mangelt (s. die Ausführung unter IV.). Wir haben es aber hier nur mit der Anwendung auf solche Testamente zu thun, welche bei vollständiger Willenserklärung und Beobachtung dessen, was das Gesetz vorschreibt, dennoch der äußeren Vollständigkeit ermangeln.

dem Inhalte desselben gelten. Die sämmtlichen davon zu machenden Anwendungen lassen sich auf zwei Klassen zurückführen:

1) Es liegt nur noch ein bloßer Testamentsentwurf vor. Dann gilt die Disposition in keinem Stücke, selbst alsdann nicht, wenn etwa Codicillarverfügungen ohne alle Form gelten können und dem Entwurf die Codicillarclausel beigefügt ist.

2) Es ist ein Testamentsact vorgenommen, das Testament kann aber als ein solennes nicht bestehen, sondern nur als Codizill. Dann kommt zunächst Alles darauf an, was der Testirer beabsichtigte. Wollte er ein feierliches Testament machen, so gelten nunmehr auch die Codicillarverfügungen nicht⁸²⁾, falls er nicht die Codicillarclausel hinzufügte⁸³⁾.

3) Es ist Alles erfüllt, was das Gesetz vorschreibt, der Testirer beabsichtigt aber noch die Beobachtung irgend einer Formalität. Ehe diese erfolgt ist, kann das Testament für ein vollständiges nicht gehalten werden, indem es ja nach dem Willen des Testirers dies nicht seyn

82) L. 1 D. *de jure codicillorum* (s. oben Note 30). —

POTHIER Pand. Justin. Tit. *qui test. fac. poss.* Nr. 45.

Not. c. (T. II, p. 179). — „Etsi enim fideicommissa extra testamentum citra juris solennitates relinqui possunt, tamen, quum testamento continentur, pendent a jure testamenti.“

83) Denn von selbst versteht diese Clausel sich nicht. L. 41.

§. 3 D. *de vulg. et pup. subst.* (XXVIII. 6) — „si non valuit (patris testamentum), ea scriptura, quam testamentum esse voluit, codicillos non faciet, nisi hoc expressum est.“ — L. 8. §. 1 C. *de codicill.*

(VI. 36). — Vgl. meine doctr. Pand. Vol. III. §. 686. Note 2.

so⁸⁴⁾. Bis dahin kann also das bereits Geschehene eben so wenig gelten, wie ein bloßer Testamentsentwurf, in der Regel also selbst die hinzugefügte Codizillarklausel nicht berücksichtigt werden⁸⁵⁾; denn das noch Fehlende bezieht sich auf das ganze Testament, wovon die Codizillarklausel doch auch nur einen Theil ausmacht. — Hierher gehören nun insbesondere folgende Fälle:

a) Es ist Alles vollendet, was gemeinrechtlich zu einem mündlichen oder schriftlichen Testament erfordert wird, der Testirer will aber den mündlich erklärten Willen noch in eine Scriptur bringen, oder über die Testamentshandlung ein Notariats-Instrument aufnehmen lassen, oder das Testament bei einer Behörde niederlegen u. s. w.; was indessen unterbleibt. Ein solches Testament kann überall nicht gelten; da der Testirer ja eben selbst zu erkennen gegeben hat, daß die Gültigkeit der Disposition erst mit der von ihm gewollten Vollziehungsart eintrete⁸⁶⁾.

84) Man verwechsle hiermit nicht den Grundsatz, daß der Testirer sich nicht selber die Verfügungsfreiheit durch die Bestimmung einschränken dürfe: ein solches Testament solle nur unter dieser oder jener Form gelten. (S. darüber §. 1428, S. 201 fgg. Nr. 2 dieses Bandes). Es kommt dabei Alles auf seinen letzten Willen an. Kehrt er sich absichtlich an seine frühere Vorschrift nicht, so kann diese ihm auch die Hände nicht binden. Hier aber ist nicht die Rede von einer künftigen, erst möglichen Disposition, sondern von einer gegenwärtigen, in Beziehung auf welche der Testirer natürlich wirksam erklären kann, wann dieselbe erst perfect seyn solle.

85) Eine Einschränkung dieser Regel wird weiter unten vorgebracht werden.

86) HARPRECHT diss. cit. §. 11 giebt diesen Grund kurz und

b) Der Testirer will eine in privilegirter Form gültige Disposition in gemeinrechtlicher Form errichten. — So kann ein von den Eltern abgefaßter Privataufsatz alle Erfordernisse eines *testamentum parentum inter liberos* haben. Ergiebt sich aber (z. B. aus einer Erklärung in dem Aufsatze selbst), daß der Testirer denselben zu solemnisiren beabsichtigt habe, so hängt dessen Gültigkeit auch von der förmlichen Vollziehung ab. — Ferner gilt ein *testamentum ad pias causas* schon durch die Erklärung vor zwei Zeugen⁸⁷⁾. Es würde aber nicht für gültig zu halten seyn, wenn der Testirer ein feierliches Testament zu errichten beabsichtigt hatte, und sich unter den Zeugen nur zwei fähige Testamentszeugen befänden. Noch häufiger aber wird unser Grundsatz zur Anwendung kommen, wenn ein *testamentum ad pias causas* ohne alle Form errichtet werden kann, wie dies nicht selten in Particularrechten angeordnet ist⁸⁸⁾, der Testirer aber eine Pri-

bündig so an: „*quod ipse non prius, quam illud fieret, suam dispositionem pro perfecta et completa habere velit.*“ Er bezeugt hierbei zugleich, daß dies die gemeine und auch durch die Praxis bestätigte Ansicht sey; auch finden sich hier die verschiedenen abweichenden Meinungen angeführt. S. insonderheit auch noch §. 74 daselbst, wo noch andere Fälle namhaft gemacht werden, welche die Absicht des Testirers anzeigen, die endliche Vollziehung einer an sich schon rechtsgültigen Disposition noch verschieben zu wollen.

87) Cap. 11 X *de testam.* (III. 25).

88) So z. B. in dem Würtemb. Landr. Th. III. Tit. 6. §. 2; ferner in dem Cod. Maximil. Bavar. civil. Th. III. Cap. 4. §. 5. (Freilich glaubte Preittmayr hierin nicht von der gemeinrechtlichen Bestimmung abzuweichen, indem er der Meinung war, daß die Zeugen gemeinrecht-

Warturkunde, welche an sich schon hinreichend gewesen seyn würde, förmlich vollziehen wollte und daran gehindert ist.

Indessen eine bestimmte Erklärung des Testirers, daß die Disposition in jedem Falle so gut wie möglich gelten solle, bewirkt, daß nunmehr Alles zu Recht besteht, was nach den gesetzlichen Erfordernissen bestehen kann, und so wirksam, als es hiernach seyn kann. In solchen Fällen muß denn die Codicillarelausel natürlich die Wirkung haben, daß eine Verfügung nicht bloß als Codicill, sondern als directe Disposition aufrecht erhalten wird, wenn sie nach gesetzlichen Erfordernissen als solche gelten kann, indem der Testirer dadurch erklärt hat, daß, wenn er gleich eine förmliche Vollziehung wünsche, der Mangel derselben doch kein Hinderniß seyn solle, daß nicht auch ohne sie die Verfügung vollkommen zu Recht bestehe. Hierauf scheint denn auch die gleich auf die angeführte Stelle von Paulus (L. 29 pr. D. *qui test. fac. poss.*) folgende Aeußerung dieses Juristen⁸⁹⁾ bezogen werden zu müssen: „Ex his verbis, quae scripturae (al. scripturae) paterfamilias addidit: *hoc testamentum volo esse ratum, quacunque ratione poterit*⁹⁰⁾, videri eum voluisse, omnimodo valere

lich nur des Beweises, nicht der Solemnität halber zuzuziehen seien; Anmerkung über den Cod. Max. Bavar. civ. Th. III. S. 1113. §. V. 2). Auch das churfürstl. Sächs. Recht verlangt, wenigstens zur Gültigkeit der zum Besten einer pia causa gestifteten Vermächtnisse, nichts weiter als eine erweisliche Willenserklärung. Haubold Lehrb. des Sächs. Privatr. §. 344. Nr. b.

89) L. 29. §. 1 D. *qui test. fac. poss.* — Vgl. SCHOTT comment. cit. p. 76 sqq.

90) Es sind hier diese Worte nach der *versio vulgata* ab-

ea, quae reliquit, etiam si intestatus decessisset.“ Er sagt nicht etwa: daß nunmehr immer Intestaterbfolge eintrete und die testamentarische Verfügung die Wirkung eines Intestatcodizills habe, sondern, daß wenn es auch in Absicht auf die Erbeinsetzung zur Intestatsuccession komme, doch diejenigen Punkte, welche irgend gelten könnten, aufrecht erhalten werden sollten. Die Art und Weise, wie beide Sätze (das Pr. u. der §. 1 unserer Stelle) mit einander verbunden sind, beweist nun aber auch, daß die Clausel keineswegs unbedingt ihre Wirksamkeit äussert. Denn in dem Pr. heisst es ja ausdrücklich: bei einem unvollendet gebliebenen Testamente könnten selbst nicht einmal diejenigen Bestimmungen gelten, „quae fideicommissorum verba habent.“ Es muß also die Gültigkeitsclausel (gleichviel ob in dem Testamente oder in einem davon verschiedenen Rechtsact) so ausgesprochen seyn, daß sich daraus der Wille des Testirers ergibt, die Disposition in jeder Weise gelten lassen zu wollen. S. B. der Testirer sagt am Schlusse seines Auftrages: „Und soll dieser mein ernstlich gemeinter letzter Wille feierlich vor Notarius und 7 Zeugen vollzogen und hiernächst C. C. Rath Behufs der Aufbewahrung in dem Stadtarchiv überreicht werden. Doch will ich, daß derselbe in jeglicher Weise bestehen und aufrecht erhalten werde, so gut dies nach den Rechten geschehen kann.“ Die Worte: Doch will ich u. s. w. leiden schwerlich eine andere Erklärung, als, daß das Testament auch ohne die angegebenen Förmlichkeiten gelten solle. Ueberhaupt aber ist eine solche Erklärung nach Möglichkeit zu

gedruckt. Im Original lauten sie griechisch, ein Beweis, daß sie sich in dem Testamente fanden, worüber Pausanias ein Rechtsgutachten abzugeben hatte.

begünstigen⁹¹⁾; und darum dürfen dabei nicht bloß die Worte erwogen, sondern es muß der Gesamttinhalt und insonderheit auch die äussere Beschaffenheit der Disposition berücksichtigt werden. Ist diese ganz offenbar bloßer Entwurf, so würde jedenfalls eine sehr bestimmte, und, wie sich von selbst versteht, ihrer Form nach vollkommen gültige Erklärung erfordert werden müssen, damit sie dennoch, wenn auch nur zum Theil, als Testament aufrecht erhalten werden könne. Würde sie aber so wie sie vorliegt als förmliches Testament gelten können, und es ist die Absicht einer feierlichen Vollziehung derselben nicht so ausgesprochen, daß sich daraus der bestimmte Wille des Erblassers ergibt, nicht ohne dieselbe das Testament gelten lassen zu wollen, so wird man die Gültigkeitsclausel, wenn sie auch nur auf gewöhnliche Art ausgesprochen und der Disposition als Theil derselben angehängt ist, ganz unbedenklich für wirksam erklären dürfen.

B) Es kann aber seyn, daß dem Testament an der gesetzlichen oder etwa besonders noch gewollten Form nichts fehlt, sondern daß nur der Wille unvollständig erklärt ist. Betrifft dies nicht den hauptsächlichsten Inhalt des Testaments, d. i. die Erbeinsetzung, sondern nur Nebenpuncte, als Vermächtnißbestimmungen, so tritt hier die Regel ein: *non vitatur utile per inutile*⁹²⁾, also nur diese Bestimmungen gelten nicht, die Erbeinsetzung dagegen ist zu Recht beständig. Umgekehrt verhält es sich, wenn

91) L. 5 D. *test. quemadm. aper.* (— „*publice enim expedit, suprema hominum judicia exitum habere*“).

92) S. HOFACKER *princ. jur. civil. Rom. Germ. T. II. §. 1342. II. 2.* — Uebrigens ist es keineswegs unbestritten, ob hier die Regel: *utile non vitatur per inutile* überall anzuwenden sey; s. unten S. 417 fgg.

die Erklärung in Ansehung der Erbeinsetzung mangelhaft ist, und nur durch Hinzufügung der Codizillarclausel die Vermächtnisse erhalten werden können. — Dabei sind nun aber folgende Fälle zu bemerken:

1) Es fehlt an aller Erbeinsetzung. — Da hier nicht von fehlerhaftem Ausdruck der Erbeinsetzung oder von der mangelnden Erbfähigkeit die Rede ist, auch vorausgesetzt wird, daß der Erblasser einen s. g. directen Erben zu ernennen wirklich beabsichtigte, so scheint dies nicht wohl gedacht werden zu können, am wenigsten bei schriftlichen Testamenten. Indessen darf hier zuvörderst an die s. g. mystischen Erbeinsetzungen erinnert werden, d. h. wenn der Testirer wegen der Person des Erben auf einen Zettel oder Codizill verweist⁹³), der denn doch wohl vergessen werden, oder verloren gehen kann. Außerdem kann es leicht kommen, daß der Testirer das Testament durch einen Dritten schreiben läßt, die Namen der Erben aber selbst ausfüllen will⁹⁴), und dies durch ein Versehen unterbleibt⁹⁵).

93) S. darüber Bd. 35 d. Comment. §. 1417 a. S. 14 fgg., wo in Beziehung auf die Bedeutung von *mysticum testamentum*, für ein Testament, dessen Inhalt die Zeugen nicht kennen, noch auf SALMASIUS *de subscrib. et signand. test.* p. 290 sq. zu verweisen ist.

94) Etwa um die Erbeinsetzung möglichst verborgen zu halten, oder wenn Derjenige, welcher das Testament niederscheibt, selber eingesetzt werden soll; L. 3^a C. *de his qui sibi adscribunt in test.* (IX. 23).

95) Vgl. HARPRECHT *diss. cit.* §. 15. — Manche meiner Leser in Rostock werden sich wohl des Falls erinnern, daß der zum alleinigen Universalerben bestimmte Concipient des Testaments da, wo der Name des Erben stehen sollte, eine Lücke ließ, welche aber unausgefüllt blieb;

2) Der Testirer beabsichtigt mehrere Erben zu ernennen, aber nur Einen oder den Anderen nennt er wörtlich; alsdann soll auch dieser nicht Erbe werden. Hierüber sagt Savolenus: „Si is, qui testamentum faceret, heredibus primis nuncupatis, priusquam secundos exprimeret heredes, obmutuisset, magis coepisse eum testamentum facere, quam fecisse; Varius Digestorum libro primo Servium respondisse scripsit; itaque primos heredes ex eo testamento non futuros. Labeo tum hoc verum esse existimat, si constaret, voluisse plures eum, qui testamentum fecisset, heredes pronuntiare; ego nec Servium puto aliud sensisse“⁹⁶⁾.

Daß der Ausdruck heredes primi und secundi hier nicht etwa auf verschiedene Grade der Erbeinsetzung (Institution und Substitution) bezogen werde, ist klar. Wenn der Testirer sich vollständig und deutlich über die Erben des ersten Grades geäußert hat, so ist auch immer ein vollständiges Testament vorhanden, mag der zweite Grad gelten können, oder nicht⁹⁷⁾. Also es ist nur an den Fall gedacht, daß der Testirer mehr Erben ernennen wollte, als er wirklich ernannt hat. Daß über diese Ab-

dem gehörig solemnisirten Testamente fehlte also die Erbeinsetzung.

96) L. 25 D. *quib. test. fac. poss.*

97) Daß Gegentheil behauptet zwar BRUNNEMANN in comment. ad L. 25 cit., jedoch ohne Gründe anzuführen. Sehr gründlich findet sich aber die hier vorgetragene Meinung erwiesen in Fr. HOTMANI Schol. ad LXX. Tit. Dig. et Cod., opp. T. II. P. II. p. 108. Gleicher Meinung ist auch CUJACIUS ad tit. Dig. *qui test. fac. poss.* h. l. in f. (ed. Neapol. T. I. p. 1052).

sicht kein Zweifel obwalten müsse; ergiebt sich mit völliger Bestimmtheit aus den Worten: „*si constaret, voluisse plures eum heredes pronuntiare*“; im Zweifel wird daher allemal anzunehmen seyn, der Testirer habe eine solche Absicht nicht mehr gehabt, wenn dennoch sich weniger Erben genannt finden, als er früheren Auserkennungen zufolge einsetzen wollte. — In unserer Stelle nun wird ein mündliches Testament voraufgesetzt, an dessen Vollendung der Testirer aber durch plögliches Verstummen verhindert wurde. An der Form fehlte dem Testamente nichts, wenn der Testirer die Zeugen gehörig rorirt und seinen Willen in einer ihnen verständlichen Sprache erklärt hatte. Aber er soll das, was er will, in der Hauptsache d. h. *quoad heredis institutionem*, auch vollständig ausdrücken; sonst gilt gar nichts von dem Testamente, auch das schon Ausgesprochene nicht. Das dies aber auch auf schriftliche Testamente anzuwenden sey, welche der Erbeseinsetzung nach unvollständig sind, darf wohl unbedenklich angenommen werden⁹⁸). Nur muß aus der Testamentsurkunde selbst erhellen, daß der Testirer mehr Erben zu ernennen beabsichtigt habe, als ernannt sind, indem sonst eben immer die Vermuthung eintreten würde, er habe sich eines Anderen besonnen⁹⁹).

98) Das Gegentheil behauptet Fr. HOTMANUS l. l., wegen L. 29 C. *de testam.* M. s. indessen was weiter unten (im Text zur folgenden Not. 1) über diese Stelle gesagt werden wird. Uebrigens deutet Hotman ebenfalls auf die richtige Erklärung hin, wenn er sagt: *postremo eo loco (L. 29 Cod.) imperfectum dicitur — a rura et solemnibus duntaxat.*“

99) HARPRECHT diss. cit. §. 22. („Opus est, ut testator in ipso testandi acta aliquid amplius disponere voluerit u. s. w. Talia enim, quae testator in futurum

Sene Absicht würde namentlich nicht bezweifelt werden dürfen, wenn in der Testamentsurkunde es hiesse: „ich setze zu Erben meines Vermögens ein 1) — — — 2) — — —. Diese meine beiden Erben sollen zu gleichen Theilen die Erbschaft unter sich vertheilen“ u. s. w. Findet sich nur bloß unter der ersten Nummer ein Erbe genannt, nicht aber unter der zweiten, so ist nach unserer Stelle auch jener von der Erbschaft ausgeschlossen. Dagegen spricht auch nicht, daß, wenn der Testator seinem Erben einen bestimmten Erbtheil zuweist, dieser dennoch das Ganze bekommt¹⁰⁰⁾. Ernennet Jemand absichtlich nur einen Universalerben, so muß dieser nothwendig *heres ex asse* seyn, indem ja sonst eine theilweise Erbfolge ab intestato eintreten müßte; die der Form nach gültige Einsetzung eines Erben bezieht sich also nach juristischer Consequenz immer auf das Ganze. So lange dagegen die Willenserklärung des Testators in Absicht auf das Subject des Erbrechts nicht vollständig ist, existirt sie im Rechtsinne noch gar nicht, mithin kann auch von einer Ergänzung derselben nicht die Rede seyn, sondern es tritt die Intestaterbfolge ein. Hier könnte die bekannte Vorschrift Justinian's als entgegenstehend angesehen werden: daß der Testator die Namen der Erben eigenhändig schreiben, oder falls er dazu nicht im Stande sey, laut vor den Zeugen nennen solle; sey dies in Beziehung auf den einen oder den anderen der Erben unterblieben, so solle dessen Erbeinsetzung, aber auch nur diese, wegfallen¹⁾. Dagegen dürfte man sich denn auch nicht darauf berufen, daß Justinian diese *suspendit — — — mutato consilio omisisse prae-sumitur*²⁾.

100) §. 5. J. de heredib. instit.

1) L. 29. C. de testam.

Glücks Erläut. d. Pand. 38. Th.

Vorschrift später wieder aufgehoben habe²⁾), indem die Constitution doch immer beweist, daß man gar nichts darin fand, die fehlerfreie Einsetzung eines Miterben für das Ganze gelten zu lassen, wenn die Einsetzung des anderen nicht zu Recht bestehen könnte. Indessen ist dies auch zu keiner Zeit in Rom bezweifelt worden, darf aber mit dem Grundsatz nicht verwechselt werden, worauf die Entscheidung der L. 25 ult. beruht. Ein anderes ist nämlich der Mangel einer vollständigen, ein anderes der einer auf gesetzliche Art erfolgten Willenserklärung. Jener macht die Ausführung der Disposition unmöglich, dieser unterwirft die mangelhafte Erklärung nur den Folgen, die das Gesetz dafür bestimmt hat. Da nun, wenn aus irgend einem Grunde die Einsetzung eines Miterben keinen Erfolg haben kann, der wegfallende Theil jure accrescendi an die übrigen Miterben kommt, so konnte Justinian die Folgen der Nichtbeachtung der von ihm vorgeschriebenen Form auch nicht anders bestimmen, wie geschehen ist³⁾.

2) Nov. 109, c. 9. — C. Bd. 34. d. Comment. §. 1415. C. 386.

3) Vgl. hiermit CUIACIUS ad L. 25. D. *qui test. fac. poss.* (ed. Neapol. T. I. p. 1052.), dessen Erklärung aber unbefriedigend ist, da sie im Wesentlichen darauf hinausgeht, daß die Fälle, wovon die L. 25. D. und die L. 29. C. cit. handeln, verschieden seyen, indem jene von unvollständiger Mancipation, diese aber von einer ratione voluntatis vollständigen Scriptur rede, ohne daß er sich auf die Gründe der Verschiedenheit zwischen einer in Ansehung des Willens und nur in Ansehung der Solemnität unvollständigen Willenserklärung einläßt, worauf hier doch Alles ankommt. (Vgl. auch oben Note 98 a. E.) Auch in der Accursischen Glosse *Non futuros* ad L. 25.

Die Basiliten bilden übrigens aus dem Inhalt der Lib. 25 cit. die ganz allgemeine Regel: wenn der Testator verstumme, ehe er Alles, was er sagen wollte, ausgesprochen habe, so gelte die Verfügung in keinem Stücke⁴⁾. Wäre dies wahr, so müßte auch die Erbeinsetzung, so wie alles sonst bereits in dem Testament Ausgedrückte, wegfallen, wenn der Testator noch ein Vermächtniß bestimmen wollte und daran durch einen Zufall verhindert wurde. In der That ist dies auch von manchen neueren Juristen behauptet worden, und besonders ausführlich hat diese Meinung Ant. Merenda vertheidigt⁵⁾, welcher sie sogar mit Beziehung auf Lud. Bologninus für die herrschende erklärt⁶⁾, wofür sie aber doch, in späterer Zeit wenigstens, gewiß nicht gehalten werden darf. Die dafür angeführten Gründe lassen sich sämmtlich auf den einen zurückführen: alle einzelnen Punkte einer Willenserklärung gehören zur Integrität derselben; so lange daher eines und das Andere von Dem noch fehlt, was der Testator ausdrücken wollte, kann die Disposition nicht für

C. *qui test. fac. poss.* finden sich viele Meinungen über die Bereinigung dieser Stelle mit L. 29. C. *de test.* aber so unvollständig excerpirt, daß dadurch für die Erklärung gar nichts gewonnen ist. — Die richtige Ansicht hat aber nach BARTOLUS ad L. 29. C. *de test.* nr. 2 und (ohne übrigens die L. 29. C. cit. zu erwähnen) auch POTHIER Pand. Justin. Tit. *qui test. fac. poss.* nr. XXIV. not. 1. p. 175.

4) Nach der Uebersetzung bei Fabrotus: „Si quis, quum multa dixisset, vellet et alia dicere, obmutuerit, ne ea quidem, quae ante dixit, ullius momenti sunt.“ Lib. XXXV. Tit. I. Fr. 25. T. IV. p. 773.

5) Ant. MERENDAE controvers. jur. Lib. IV. Cap. 48.

6) a. a. D. Nr. 4. a. C.

eine vollständige angesehen werden?). Indessen sind dies am Ende doch bloß logische Gründe; darnach darf aber die Frage: wann gilt ein rechtlicher Act juristisch für vollendet? so schlechtthin nicht beantwortet werden. Man

- 7) Es werden zwar auch Quellenbelege für die Meinung angeführt; indessen muß man diese erst in dieselben hin eintragen, sollen sie überhaupt etwas beweisen. So bezieht Merenda sich auf L. 26. C. *de testam.*, worin aber nur gesagt wird, daß bei mündlichen Testamenten auch die Vermächtnißbestimmungen auf eine den Zeugen verständliche Art erklärt werden müßten, woran gewiß Niemand zweifeln wird. Ferner auf L. 9. C. *qui test. fac. poss.* (IV. 22.). Hier heißt es, daß ein Furiosus während eines lichten Zwischenraums ein Testament errichten dürfe, und es diesem auch nicht schade, daß der Testator im Wahnsinn sterbe, wenn es nur consumirt sey. Die Consumtion eines Testaments versteht sich freilich immer von selbst, soll dasselbe anders zu Recht bestehen. Wann gilt es aber für consumirt? Das ist ja eben der Streitpunkt, welchen Merenda vermittelt einer wahren *Petitio principii* aus der L. 9. cit. entscheiden will. — Bollends aber ist nicht abzusehen, wozu hier die Berufung auf L. 21. §. 1. D. *qui test. fac. poss.* dienen soll. (S. MERENDA l. I. nr. 2. u. nr. 4. in f.) Nach dieser Stelle muß jede wesentliche Abänderung einer testamentarischen Verfügung durch eine neue Anordnung erfolgen („*Si quid post factum testamentum mutari placuit, omnia ex integro facienda sunt*“), nur mit Ausnahme bloß erklärender Bestimmungen, z. B. in Ansehung eines zweideutigen und unbestimmten Vermächtnisses, welche auch ohne neue Testamentssolemnitäten gültig seyn sollen. In welcher Verbindung steht nun aber dieß mit dem Sage: daß eine in Ansehung der Vermächtnisse unvollständige Willenserklärung auch die Ungültigkeit der Erbeeseinsetzung nach sich ziehe? Eine befriedigende Antwort hierauf wird sicher nie gegeben werden können.

wird hier vielmehr so argumentiren müssen: zum wesentlichen Rechtsbestande eines eigentlichen Testaments gehört die Erbeseinsetzung, aber auch nur diese, oder, wie Papinian sich ausdrückt: „*testamentum vires per institutionem heredum accipit*“⁸⁾. Allerdings ist die Absicht des Testirers nicht erfüllt, wenn er an der Bestimmung irgend eines, sey es des geringfügigsten Nebens puncts, durch Zufall gehindert wird. Aber glaubt man etwa seiner Absicht besser zu entsprechen, wenn man deshalb das Ganze für ungiltig erklärt? Diese Frage würde man freilich auch aufwerfen können, wenn der Testirer noch einen zweiten oder dritten Erben ernennen wollte und dies auszuführen durch seinen plötzlich eingetretenen Tod verhindert wird. Denn, daß er den bereits ernannten Erben einsetzen wollte, steht entschieden fest, und überdies muß der juristischen Consequenz wegen angenommen werden, daß ein Testirer jedem Miterben eventuell das Ganze zuwenden wolle, wenn er das *jus accrescendi* nicht einschränkt. Allein, da die Erbeinsetzung ganz ausgemacht den wesentlichen Theil eines Testaments bildet, so ist nach logischen und Rechts-Begriffen die Ausführung desselben nicht möglich, so lange der Testirer sich darüber noch nicht vollständig erklärt hat. Fehlt bloß eine vollständige Erklärung in Beziehung auf die Vermächtnisse, so trifft hier doch immer Folgendes zusammen: a) eine Verfügung, die auch nach der Absicht des Testirers eine vollständige in Hinsicht auf den Gesamtnachlaß ist, b) eine Verfügung, welche rechtlich den wesentlichen Theil eines Testaments bildet, und mit welcher auch die übrigen Bestimmungen desselben fallen⁹⁾.

8) L. 10. D. de jure codicillar.

9) L. 1. in f. D. L. 13. S. 1. D. de jure codicillar.

Da nun überdies nicht angenommen werden darf, daß der Testator von den Vermächtnissen die Gültigkeit der Erbeinsetzungen abhängen lassen wollte ¹⁰⁾, so ist die entgegenstehende Meinung weder mit der Absicht, noch mit einer consequenten Anwendung juristischer Regeln zu vereinigen, vielmehr ist man berechtigt, die Rechtsregel: „*Quum principalis causa non consistat, plerumque ne ea quidem, quae sequuntur, locum habent*“ ¹¹⁾, in ihrer Anwendung auf Testamente so zu interpretiren: umgekehrt aber kann der hauptsächlichste Theil des Geschäfts sehr wohl zu Recht bestehen, wenn gleich die Nebenbestimmungen nicht gelten ¹²⁾.

3) Eine besondere Aufmerksamkeit verdient noch der

10) Denn immer ist doch das Vermächniß nur „*delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit*“ (L. 116. pr. D. de legat. I.). Nach der Anordnung des Testators soll also der Erbe eigentlich das Ganze haben, der Vermächtnisnehmer ihm nur seinen Erbtheil schmälern. Wie weit daher diese Verringerung des Erbtheils durch den Vermächtnisnehmer auch immer gehen möge, so kann doch unmöglich die Absicht des Erblassers gewesen seyn, das Erbrecht dem Vermächtnisrecht unterzuordnen, oder dessen Gültigkeit von der des letztern abhängig zu machen,

11) L. 178. D. de regul. iur.

12) Vgl. HOTMANUS ad dict. Leg. 25. verb. „*Denique sola primi gradus institutio testamenti substantia et fir-
mamentum est, substitutio autem, et legata, et fidei-
commissa, externa sunt et accidentia, quae sine sub-
jecti interitu et adesse et abesse possunt. Ut mihi
quidem dubium esse non possit, quod falsa nostro-
rum opinio sit, qui idem de legatis putarunt esse fas,
quod hic Servius in pluribus heredibus statuit.*“

Fall: wenn der Testirer der Erbeinsetzung eine Bedingung hinzufügen wollte, dies aber zu thun unterlassen hat. Hierüber scheinen zwei Stellen einander zu widersprechen. Die eine ist L. 9. §. 5 D. *de heredibus instit.* (aus ULPIANUS Libr. V. ad Sabin.) „Tantumdem Marcellus tractat et in eo, qui conditionem destinans inserere, non addidit; nam et hunc pro non instituto putat. (Sed si conditionem addidit, dum nolle, detracta ea heredem futurum, nec nuncupatum videri, quod contra voluntatem scriptum est, quam sententiam et ipse, et nos probamus.“). — Die zweite Stelle ist eine Constitution Justinian's aus d. S. 531¹³⁾. Sie lautet wie folgt: „Si testamentum ita scriptum inveniat: *ille heres esto secundum conditiones infra scriptas*, si quidem nihil est adjectum, neque aliqua conditio in testamento posita est, supervacuum esse conditionum pollicitationem sancimus, et testamentum puram habere institutionem. Et argumento utimur, quod Papinianus respondit: *Vicos reipublicae relictos, qui proprios fines habebant, non ideo ex fideicommisso minus debere, quod testator fines eorum, et certaminis formam, quod celebrari singulis annis voluit, alia scriptura se declaraturum promisit, ac po-*

13) VI. Kal. Aug. post consulatum Lampadii a Orestis.

Dieser Jahreszahl, so wie der Ueberschrift *Joanni Praef. Praef.* und ihres Inhaltes wegen hält man die Constitution wohl für eine der 50 Decisionen z. B. *Fr. DUARENUS* ad Tit. Dig. *de heredib. inst.* Cap. 3. (opp. p. 337 b.) *BRUNNEMANN* ad h. l. *Merrilius* in seinem comment. ad quinquag. decisiones nennt sie nicht unter denselben.

*stea morte praeventus non fecit*¹⁴). Sin autem conditiones quasdam in quavis parte testamenti posuit, tunc videri ab initio conditionalem esse institutionem, et sic omnia compleri, tanquam si testator ipsas institutiones eisdem conditionibus copulasset, quae infra conscriptae sunt.“

Die meisten Ausleger haben eine Vereinigung dieser Stellen durch Interpretation (oder auch wohl durch Kritik) versucht. Manche sind aber der Meinung, daß dies nicht möglich sey, und da lag es denn wohl am nächsten, die L. 8 C. cit. so aufzufassen, daß Justinian dadurch eine unter den Juristen streitige Frage entschieden, und zwar gegen die in den Pandekten vorgetragene Ansicht des Marcellus entschieden habe¹⁵). Einige Unterstützung erhält diese Meinung allerdings durch die Berufung auf Papinian, und daß die Frage zur Casuistik der früheren Jurisprudenz gehörte, mithin es hier an verschiedenen Ansichten nicht fehlte, ergibt sich schon aus der Art, wie Ulpian dieselbe behandelt. Auch beweist dagegen an sich nichts, daß Justinian weder des Marcellus erwähnt, noch überhaupt bestimmt, daß er eine Streitfrage entscheiden wolle¹⁶), in-

14) Fast buchstäblich gleichlautend findet sich das Responsum Papiniani in der L. 77. §. fin. D. *de leg. II.*

15) So Fr. DUARENUS l. I. BRUNNEMANN in comment. ad L. 8. Cod. cit. nr. I.

16) Hierauf legt ein besonderes Gewicht A. FABER in den Error. Pragmaticor. Dec. XXXV. Err. 9. nr. 7, obgleich er selber der Meinung ist, daß Justinian's Entscheidung im Grundsatz von der des Marcellus und Ulpian's abweiche. (Von seiner Erklärung wird weiter unten die Rede seyn.) Ihm folgt auch Joh. Henr. HEISE (Pr. Franc. Justo KORTHOLT) diss. de eo, quod

dem es doch immer sehr trügllich ist, nach solchen Aeußerungen es bestimmen zu wollen, ob dadurch gerade eine streitige Rechtsfrage entschieden werden sollte, oder nicht. Indessen muß die Annahme einer Antinomie zwischen Digesten und Codex besonders alsdann immer bedenklich erscheinen, wenn man davon ausgeht, daß die Codex-Stelle eine ältere Streitfrage entscheide; denn diese Entscheidungen wurden ja gerade dadurch veranlaßt, daß die Compilatoren nicht im Zweifel darüber seien, welche Ansicht in die Digesten aufzunehmen sey. Ueberhaupt aber darf eine Antinomie nicht angenommen werden, so lange eine Vereinigung möglich ist; hier ist dies allerdings der Fall. Die Vereinigungsversuche sind freilich sehr mannigfaltig; großentheils finden sie sich bereits in der Accursischen Glosse erwähnt¹⁷⁾. Hier mögen folgende genannt seyn¹⁸⁾:

a) Die Pandekten-Stelle spreche von einem Fall, wo der unvollständige Willensausdruck außer Zweifel, also es gewiß sey, daß eine Bedingung bei der Erbeeinfügung habe ausgedrückt werden sollen, nicht also die

justum est circa conditionem, quam testator inserere destinavit, neque tamen inseruit. Giss. 1766. §. 11.

17) Glossa putat ad L. 9. §. 5. D. de heredib. inst. und Gl. puram ad L. 8. C. de inst. et substit.

18) Eine an diesem Orte nicht weiter zu würdigende Meinung eines Glossators ist: in dem Falle der L. 8. Cod. cit. habe der Testirte gesagt: *heres esto secundum conditiones infra scriptas*, nach L. 9. §. 5. cit. aber *heres erit secundum conditiones infra scr.* S. die Glossa puram ad L. 8. C. cit. Dahingegen wird unten noch von einer besondern Meinung Peyser's und Korkholt's die Rede seyn, welche, um den Zusammenhang der Darstellung nicht zu unterbrechen, früher nicht erwähnt werden konnten.

Goderstelle¹⁹⁾. Der Grund weshalb Jenes unterblieben ist, wird denn wieder auf verschiedene Art angegeben; halb ist der Testirer durch den Tod überrascht worden, ehe er die Bedingung hat ausdrücken können²⁰⁾, halb hat ein Irrthum oder Versehen die Einschaltung der Bedingung verhindert²¹⁾. — Diese Meinung hat in der Hauptsache nicht nur die meisten Stimmen, sondern im allgemeinen auch die überwiegenden Gründe für sich; wir werden weiter unten auf sie wieder zurückkommen.

b) Marcellus soll überall nicht sagen, daß die Erbeinsetzung ungiltig sey, sondern nur: daß sie nicht so gelte, wie der Testirer es beabsichtigt habe, also: sie bestehe als unbedingte, nicht als bedingte Einsetzung²²⁾. Diese Erklärung widerspricht so sehr dem buchstäblichen

19) Diese Meinung, welche unter den Glossatoren besonders Johannes Bassianus vertheidigte (s. Gl. Cod.), wird namentlich auch in Schutz genommen von Cujacius ad tit. Dig. de heredib. inst. h. l. (opp. ed. Neapolit. T. I. p. 1093.), Ant. Perez praelect. in Cod. tit. de instit. et subst. nr. 1. Manzius de test. valido et invalido Tit. VII. Qu. 12. Brunnemann ad L. 9. D. de heredib. inst. nr. 7. (s. oben Note 15.) Hofacker principia juris civilis Rom. Germ. T. II. §. 1326. nr. I. Westphal Theorie des römischen Rechts von Testamenten §. 19, und überhaupt von den meisten Neueren. Vgl. auch meine doctr. Pand. Vol. III. §. 646 zu Note 3.

20) So die Glossen: „vel die morte praeventus non addit, non instituturus sine conditione.“

21) So Cujacius u. Westphal u. A.

22) Glossa Accurs. „Est pro non instituta, scil. sic ut destinavit, sed pure“, oder wie es deutlicher noch in der Gl. Cod. heißt: „non est heres, ut voluit testator scil. sub conditione, sed pure.“

Ausdruck, daß man sich in der That wundern muß, wie man überhaupt darauf verfallen konnte; noch mehr aber, daß sie von einem so scharffsehenden Rechtsgelehrten wie H. Donellus gebilligt werden konnte²³⁾.

c) Marcellus habe allerdings eine Meinung gehabt, welche Justinian in seiner Constitution verwerfe; allein auch Ulpian billige sie nicht, man dürfe daher um so eher annehmen, daß auch er sie verwerfe, als ja eine ähnliche in der L. 2. D. *de heredib. instit.* vorgetrage Meinung des Marcellus ebenfalls von ihm gemißbilligt werde²⁴⁾. Dagegen erinnert A. Faber nicht mit Unrecht: es finde sich ja am Schlusse der Stelle eine ausdrückliche Billigung dieser Meinung²⁵⁾; denn die Gegensätze: wenn eine beabsichtigte Bedingung nicht ausgedrückt ist; und: wenn eine nicht beabsichtigte sich dennoch ausgedrückt findet, hängen so genau mit einander zusammen, daß man nicht umhin kann, die Aeußerung: *quam sententiam et ipse, et nos probamus*, auf beide zu beziehen. Es kommt aber noch hinzu, daß der Fall, wovon L. 2. *de hered. inst.* handelt, ein wesentlich verschiedener ist. Wenn (heißt es hier) der Testator mehrere zu Erben einsetze mit der Bestimmung: *ex partibus, quas adscripsero*, so sey Marcellus der Meinung, die Erbeinsetzung sey

23) H. DONELLUS in comment. de jure civili Lib. VI. Cap. XXI. §. 25. (ed. Norimb.)

24) Glosse von Rogerius oder von Roffredus bei Accursius zu den Digesten: „vel haec est opinio Marcelli, quae non tenet, ut in simili casu supra L. 2. (de heredib. instit.)“

25) A. FABER Error. Pragmat. Dec. XXXV. Err. 9. nr. 4 in f. Eben so KORTHOLT a. HEISE l. l. §. 12.

ganz ungiltig, falls sich keine Theile bestimmt finden, eben so, wie wenn der Testirer gesagt hätte: *si iis partes adscripsero*. Ulpian bemerkt dagegen; in beiden Fällen bestehe die Erbeinsetzung so, als seien die Erben zu gleichen Theilen eingesetzt. Und dies beruht auch auf einem guten Grunde. Denn an sich sind die Erben unbedingt eingesetzt; ihre Erben-Qualität hängt von der Größe der Erbtheile, die ihnen bestimmt sind, überall nicht ab, es ist daher im Zweifel auch nicht anzunehmen, daß der Testirer dies dennoch so gewollt habe, gesetzt auch, er habe seine Absicht, Theile zu bestimmen, buchstäblich so ausgedrückt, daß man dies wohl allenfalls als Anordnung einer Bedingung auslegen könnte²⁶⁾. Im

- 26) *S. Barth. CRESII interpret. jur. Lib. I. cap. IV. nr. 6. sqq.* (in *HEINECCI jurisprudentia Rom. et Att. T. II. p. 27 sqq.*). — Etwas gekünstelt scheint hier das Fundament, worauf Ulpian, dem Celsus folgend, seine Entscheidung stützt: „*quasi duplici facta institutione*“; nämlich, man müsse die Verfügung so auslegen: „sollte ich noch Theile anordnen, so haben die Erben darnach zu theilen, wo nicht, erben sie zu gleichen Theilen. A. Faber findet aber eine zweifache Erbeinsetzung auf dieselben Einsetzungsworte so lächerlich und in sich widersprechend, daß er diese Entscheidung nur durch einen Tribonianismus erklären zu können glaubt. (*Error. Pragm. Dec. XXXV. Err. 10. nr. 3 sqq.*). Allein was hier eine solche Aenderung veranlaßt haben könnte? darüber bleibt er eine befriedigende Antwort schuldig; wir müßten also, wie in so vielen Fällen verneinlicher Interpolationen, annehmen, daß nur die Freude an willkürlichen und künstlichen Aenderungen den Tribonian dazu bewogen habe. Ueberhaupt aber würden wir den Fleiß und Scharfsinn der Compileratoren viel zu hoch anschlagen müssen, um auch nur die Hälfte der Inter-

Zweifel; denn ist der Wille des Erblassers ganz klar, daß die Erbeinsetzung nicht eher vollständig seyn solle, bis die Erbquoten bestimmt sind, so räumt auch Alpius ein, daß demselben nachgegangen werden müsse²⁷⁾; ja, er nimmt keinen Anstand, zu behaupten, daß die Erbeinsetzung in dem Fall immer ungiltig sey, wenn der Erblasser sich auf eine anderswo über die Theile der Einsetzung schon vorhandene Aeußerung beziehe²⁸⁾. Man

polationen gelten lassen zu können, die A. Faber ihnen Schuld giebt.

27) „*Si voluntas defuncti non refragatur.*“

28) L. 2. §. 1 D. *de heredib. inst.* „Potest autem interesse, utrum ita quis scribat: *ex his partibus, quas adscripsi*, an: *adscriptero*, ut superiori modo dicas, nullis adscriptis partibus, nullam esse institutionem, quomodo in illo Marcellus: *ex his partibus, ex quibus testamento matris scripti fuissent, heredes sunt*; si intestata mater decesserit, hos non esse institutos.“ — Auch hier zeigt sich nach A. Faber a. a. D. Nr. 10 sqq. Tribonian's ändernde Hand. Eine Bedingung müsse man die Beziehung auf Theile mit Marcellus nennen a) wenn sie auf eine künftige Bestimmung von Theilen gehe, b) wenn sie auf die von einem Dritten bereits erfolgte Festsetzung von Theilen gestellt werde, sonst sey hier bloß eine falsche Demonstration vorhanden, diese aber unschädlich (L. 40. §. 3 D. *de cond. et demonstr.* XXXV. 1). L. 25 in f. D. *de liber. leg.* XXXIV. 3). Tribonian habe nun aber ganz verkehrt den ersten Fall nicht für eine Bedingung erklärt, und die beiden letzten Fälle für identisch genommen. — Indessen dürfte sich doch auch diese Entscheidung wohl rechtfertigen lassen. Die Hinweisung auf eine künftige Theilung läßt doch immer die Erklärung zu: wenn ich Theile bestimmen werde, so soll es darnach gehen. Bei der

eine vollständige angesehen werden?). Indessen sind dies am Ende doch bloß logische Gründe; darnach darf aber die Frage: wann gilt ein rechtlicher Act juristisch für vollendet? so schlechthin nicht beantwortet werden. Man

- 7) Es werden zwar auch Quellenbelege für die Meinung angeführt; indessen muß man diese erst in dieselben hineintragen, sollen sie überhaupt etwas beweisen. So verzieht Merenda sich auf L. 26. C. *de testam.*, worin aber nur gesagt wird, daß bei mündlichen Testamenten auch die Vermächtnißbestimmungen auf eine den Zeugen verständliche Art erklärt werden müßten, woran gewiß Niemand zweifeln wird. Ferner auf L. 9. C. *qui test. fac. poss.* (IV. 22.). Hier heißt es, daß ein Furiosus während eines lichten Zwischenraums ein Testament errichten dürfe, und es diesem auch nicht schade, daß der Testator im Wahnsinn sterbe, wenn es nur consumirt sey. Die Consumtion eines Testaments versteht sich freilich immer von selbst, soll dasselbe anders zu Recht bestehen. Wann gilt es aber für consumirt? Das ist ja eben der Streitpunct, welchen Merenda vermittelt einer wahren *Petitio principii* aus der L. 9. cit. entscheiden will. — Vollends aber ist nicht abzusehen, wozu hier die Berufung auf L. 21. §. 1. D. *qui test. fac. poss.* dienen soll. (S. MERENDA l. I. nr. 2. u. nr. 4. in f.) Nach dieser Stelle muß jede wesentliche Abänderung einer testamentarischen Verfügung durch eine neue Anordnung erfolgen („*Si quid post factum testamentum mutari placuit, omnia ex integro facienda sunt*“), nur mit Ausnahme bloß erklärender Bestimmungen, z. B. in Ansehung eines zweideutigen und unbestimmten Vermächtnisses, welche auch ohne neue Testamentssolemnitäten gültig seyn sollen. In welcher Verbindung steht nun aber dies mit dem Satze: daß eine in Ansehung der Vermächtnisse unvollständige Willenserklärung auch die Ungültigkeit der Erbeseinsetzung nach sich ziehe? Eine befriedigende Antwort hierauf wird sicher nie gegeben werden können.

wird hier vielmehr so argumentiren müssen: zum wesentlichen Rechtsbestande eines eigentlichen Testaments gehört die Erbeseinsetzung, aber auch nur diese, oder, wie Papinian sich ausdrückt: „*testamentum vires per institutionem heredum accipit*“⁸⁾. Allerdings ist die Absicht des Testirers nicht erfüllt, wenn er an der Bestimmung irgend eines, sey es des geringfügigsten Nebens puncts, durch Zufall gehindert wird. Aber glaubt man etwa seiner Absicht besser zu entsprechen, wenn man deshalb das Ganze für ungiltig erklärt? Diese Frage würde man freilich auch aufwerfen können, wenn der Testirer noch einen zweiten oder dritten Erben ernennen wollte und dies auszuführen durch seinen plötzlich eingetretenen Tod verhindert wird. Denn, daß er den bereits ernannten Erben einsetzen wollte, steht entschieden fest, und überdies muß der juristische Consequenz wegen angenommen werden, daß ein Testirer jedem Miterben eventuell das Ganze zuwenden wolle, wenn er das *jus accrescendi* nicht einschränkt. Allein, da die Erbeinsetzung ganz ausgemacht den wesentlichen Theil eines Testaments bildet, so ist nach logischen und Rechts-Begriffen die Ausführung desselben nicht möglich, so lange der Testirer sich darüber noch nicht vollständig erklärt hat. Fehlt bloß eine vollständige Erklärung in Beziehung auf die Vermächtnisse, so trifft hier doch immer Folgendes zusammen: a) eine Verfügung, die auch nach der Absicht des Testirers eine vollständige in Hinsicht auf den Gesamtnachlaß ist, b) eine Verfügung, welche rechtlich den wesentlichen Theil eines Testaments bildet, und mit welcher auch die übrigen Bestimmungen desselben fallen⁹⁾.

8) L. 10. D. de jura codicillar.

9) L. 1. in f. D. L. 13. §. 1. D. de jura codicillar.

Da nun überdies nicht angenommen werden darf, daß der Testator von den Vermächtnissen die Gültigkeit der Erbeinsetzungen abhängen lassen wollte ¹⁰⁾, so ist die entgegenstehende Meinung weder mit der Absicht, noch mit einer consequenten Anwendung juristischer Regeln zu vereinigen, vielmehr ist man berechtigt, die Rechtsregel: „*Quum principalis causa non consistat, plerumque ne ea quidem, quae sequuntur, locum habent*“ ¹¹⁾, in ihrer Anwendung auf Testamente so zu interpretiren: umgekehrt aber kann der hauptsächlichste Theil des Geschäfts sehr wohl zu Recht bestehen, wenn gleich die Nebenbestimmungen nicht gelten ¹²⁾.

3) Eine besondere Aufmerksamkeit verdient noch der

10) Denn immer ist doch das Vermächtniß nur „*delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit*“ (L. 116. pr. D. de legat. I.). Nach der Anordnung des Testators soll also der Erbe eigentlich das Ganze haben, der Vermächtnisnehmer ihm nur seinen Erbtheil schmälern. Wie weit daher diese Verringerung des Erbtheils durch den Vermächtnisnehmer auch immer gehen möge, so kann doch unmöglich die Absicht des Erblassers gewesen seyn, das Erbrecht dem Vermächtnisrecht unterzuordnen, oder dessen Gültigkeit von der des letztern abhängig zu machen,

11) L. 178. D. de regul. iur.

12) Bgl. HOTMANUS ad dict. Leg. 25. verb. „*Denique sola primi gradus institutio testamenti substantia et fir-
mamentum est, substitutio autem, et legata, et fidei-
commissa, externa sunt et accidentia, quae sine sub-
jecti interitu et adesse et abesse possunt. Ut mihi
quidem dubium esse non possit, quod falsa nostro-
rum opinio sit, qui idem de legatis putarunt esse fas,
quod hio Servius in pluribus hereditibus statuit.*“

Fall: wenn der Testirer der Erbeinsetzung eine Bedingung hinzufügen wollte, dieß aber zu thun unterlassen hat. Hierüber scheinen zwei Stellen einander zu widersprechen. Die eine ist L. 9. §. 5 D. *de hereditibus instit.* (aus ULPIANUS Libr. V. ad Sabin.) „Tantundem Marcellus tractat et in eo, qui conditionem destinans inserere, non addidit; nam et hunc pro non instituto putat. (Sed si conditionem addidit, dum nolle, detracta ea heredem futurum, nec nuncupatum videri, quod contra voluntatem scriptum est, quam sententiam et ipse, et nos probamus“). — Die zweite Stelle ist eine Constitution Justinian's aus d. S. 531 ¹³⁾. Sie lautet wie folgt: „Si testamentum ita scriptum inveniatur: *ille heres esto secundum conditiones infra scriptas*, si quidem nihil est adjectum, neque aliqua conditio in testamento posita est, supervacuum esse conditionum pollicitationem sancimus, et testamentum puram habere institutionem. Et argumento utimur, quod Papinianus respondit: *Vicos reipublicae relictos, qui proprios fines habebant, non ideo ex fideicommisso minus deberi, quod testator fines eorum, et certaminis formam, quod celebrari singulis annis voluit, alia scriptura se declaraturum promisit, ac po-*

13) VI. Kal. Aug. post consulatum Lampadii a Orestis.

Dieser Jahreszahl, so wie der Ueberschrift Joanni Praef. Praet. und ihres Inhaltes wegen hält man die Constitution wohl für eine der 50 Decisionen z. B. Fr. DUARENUS ad Tit. Dig. de hereditib. inst. Cap. 3. (opp. p. 337 b.) BRUNNEMANN ad h. l. Merillius in seinem comment. ad quinquag. decisiones nennt sie nicht unter denselben.

*stea morte praeventus non fecit*¹⁴⁾. Sin autem conditiones quasdam in quavis parte testamenti posuit, tunc videri ab initio conditionalem esse institutionem, et sic omnia compleri, tanquam si testator ipsas institutiones eisdem conditionibus copulasset, quae infra conscriptae sunt.“

Die meisten Ausleger haben eine Vereinigung dieser Stellen durch Interpretation (oder auch wohl durch Kritik) versucht. Manche sind aber der Meinung, daß dies nicht möglich sey, und da lag es denn wohl am nächsten, die L. 8 C. cit. so aufzufassen, daß Justinian dadurch eine unter den Juristen streitige Frage entschieden, und zwar gegen die in den Pandekten vorgetragene Ansicht des Marcellus entschieden habe¹⁵⁾. Einige Unterstützung erhält diese Meinung allerdings durch die Berufung auf Papinian, und daß die Frage zur Casuistik der früheren Jurisprudenz gehörte, mithin es hier an verschiedenen Ansichten nicht fehlte, ergiebt sich schon aus der Art, wie Ulpian dieselbe behandelt. Auch beweist dagegen an sich nichts, daß Justinian weder des Marcellus erwähnt, noch überhaupt bestimmt, daß er eine Streitfrage entscheiden wolle¹⁶⁾, in-

14) Fast buchstäblich gleichlautend findet sich das Responsum Papiniani in der L. 77. §. fin. D. de leg. II.

15) So Fr. DUARENUS l. I. BRUNNEMANN in comment. ad L. 8. Cod. cit. nr. I.

16) Hierauf legt ein besonderes Gewicht A. FABER in den Error. Pragmaticor. Dec. XXXV. Err. 9. nr. 7, obgleich er selber der Meinung ist, daß Justinian's Entscheidung im Grundsatz von der des Marcellus und Ulpian's abweicht. (Von seiner Erklärung wird weiter unten die Rede seyn.) Ihm folgt auch Joh. Henr. HEISE (Pr. Franc. Justo KORTHOLO) diss. de eo, quod

dem es doch immer sehr trügllich ist, nach solchen Aeußerungen es bestimmen zu wollen, ob dadurch gerade eine streitige Rechtsfrage entschieden werden sollte, oder nicht. Indessen muß die Annahme einer Antinomie zwischen Digesten und Codex besonders alsdann immer bedenklich erscheinen, wenn man davon ausgeht, daß die Codex-Stelle eine ältere Streitfrage entscheide; denn diese Entscheidungen wurden ja gerade dadurch veranlaßt, daß die Compileren nicht im Zweifel darüber seien, welche Ansicht in die Digesten aufzunehmen sey. Ueberhaupt aber darf eine Antinomie nicht angenommen werden, so lange eine Vereinigung möglich ist; hier ist dies allerdings der Fall. Die Vereinigungsversuche sind freilich sehr mannigfaltig; großentheils finden sie sich bereits in der Accursischen Glosse erwähnt¹⁷⁾. Hier mögen folgende genannt seyn¹⁸⁾:

a) Die Pandekten-Stelle spreche von einem Fall, wo der unvollständige Willensausdruck außer Zweifel, also es gewiß sey, daß eine Bedingung bei der Erbeeinfügung habe ausgedrückt werden sollen, nicht also die

justum est circa conditionem, quam testator inserere destinavit, neque tamen inseruit, Giss. 1766. §. 11.

17) Glossa putat ad L. 9. §. 5. D. de heredib. inst. und Gl. puram ad L. 8. C. de inst. et. substit.

18) Eine an diesem Orte nicht weiter zu würdigende Meinung eines Glossators ist: in dem Falle der L. 8. Cod. cit. habe der Testator gesagt: *heres esto secundum condiciones infra scriptas*, nach L. 9. §. 5. cit. aber *heres erit secundum condiciones infra scr.* S. die Glossa puram ad L. 8. C. cit. Dahingegen wird unten noch von einer besondern Meinung Leyser's und Kortholt's die Rede seyn, welche, um den Zusammenhang der Darstellung nicht zu unterbrechen, früher nicht erwähnt werden konnten.

Goderstelle¹⁹⁾. Der Grund weshalb Jenes unterblieben ist, wird denn wieder auf verschiedene Art angegeben; bald ist der Testirer durch den Tod überrascht worden, ehe er die Bedingung hat ausdrücken können²⁰⁾, bald hat ein Irrthum oder Versehen die Einschaltung der Bedingung verhindert²¹⁾. — Diese Meinung hat in der Hauptsache nicht nur die meisten Stimmen, sondern im allgemeinen auch die überwiegenden Gründe für sich; wir werden weiter unten auf sie wieder zurückkommen.

b) Marcellus soll überall nicht sagen, daß die Erbeinsetzung ungiltig sey, sondern nur: daß sie nicht so gelte, wie der Testirer es beabsichtigt habe, also: sie bestehe als unbedingte, nicht als bedingte Einsetzung²²⁾. Diese Erklärung widerspricht so sehr dem buchstäblichen

19) Diese Meinung, welche unter den Glossatoren besonders Johannes BASSIANUS vertheidigte (f. Gl. Cod.), wird namentlich auch in Schutz genommen von CUIACIUS ad tit. Dig. de heredib. inst. h. l. (opp. ed. Neapolit. T. I. p. 1093.), AN. PEREZ praelect. in Cod. tit. de instit. et subst. nr. 4. MANZIUS de test. valido et invalido Tit. VII. Qu. 12. BRUNNEMANN ad L. 9. D. de heredib. inst. nr. 7. (f. oben Note 15.) HOFACKER principia juris civilis Rom. Germ. T. II. §. 1326. nr. I. Westphal Theorie des römischen Rechts von Testamenten §. 19, und überhaupt von den meisten Neueren. Vgl. auch meine doctr. Pand. Vol. III. §. 646 zu Note 3.

20) So die Glosse: „vel die morte praeventus non addit, non instituturus sine conditione.“

21) So Cuiacius u. Westphal u. A.

22) Glossa Accurs. „Est pro non instituta, scil. sic ut destinavit, sed pure“, oder wie es deutlicher noch in der Gl. Cod. heißt: „non est heres, ut voluit testator scil. sub conditione, sed pure.“

Ausdruck, daß man sich in der That wundern muß, wie man überhaupt darauf verfallen konnte; noch mehr aber, daß sie von einem so scharffsehenden Rechtsgelehrten wie H. Donellus gebilligt werden konnte²³⁾.

c) Marcellus habe allerdings eine Meinung gehabt, welche Justinian in seiner Constitution verwerfe; allein auch Ulpian billige sie nicht, man dürfe daher um so eher annehmen, daß auch er sie verwerfe, als ja eine ähnliche in der L. 2. D. *de heredib. instit.* vorgetragene Meinung des Marcellus ebenfalls von ihm gemißbilligt werde²⁴⁾. Dagegen erinnert A. Faber nicht mit Unrecht: es finde sich ja am Schlusse der Stelle eine ausdrückliche Billigung dieser Meinung²⁵⁾; denn die Gegensätze: wenn eine beabsichtigte Bedingung nicht ausgedrückt ist; und: wenn eine nicht beabsichtigte sich dennoch ausgedrückt findet, hängen so genau mit einander zusammen, daß man nicht umhin kann, die Aeußerung: *quam sententiam et ipse, et nos probamus*, auf beide zu beziehen. Es kommt aber noch hinzu, daß der Fall, wovon L. 2. *de hered. inst.* handelt, ein wesentlich verschiedener ist. Wenn (heißt es hier) der Testator mehrere zu Erben einsetze mit der Bestimmung: *ex partibus, quas adscripsero*, so sey Marcellus der Meinung, die Erbeinsetzung sey

23) H. DONELLUS in comment. de jure civili Lib. VI. Cap. XXI. §. 25. (ed. Norimb.)

24) Glosse von Rogerius oder von Roffredus bei Accursius zu den Digesten: „vel haec est opinio Marcelli, quae non tenet, ut in simili casu supra L. 2. (de heredib. instit.)“

25) A. FABER Error. Pragmat. Dec. XXXV. Err. 9. nr. 4 in f. Eben so KORTHOLT S. HEISE I. I. §. 12.

ganz ungiltig, falls sich keine Theile bestimmt finden, eben so, wie wenn der Testirer gesagt hätte: *si iis partes adscripsero*. Ulpian bemerkt dagegen: in beiden Fällen bestehe die Erbeinsetzung so, als seien die Erben zu gleichen Theilen eingesetzt. Und dies beruht auch auf einem guten Grunde. Denn an sich sind die Erben unbedingt eingesetzt; ihre Erben-Qualität hängt von der Größe der Erbtheile, die ihnen bestimmt sind, überall nicht ab, es ist daher im Zweifel auch nicht anzunehmen, daß der Testirer dies dennoch so gewollt habe, gesetzt auch, er habe seine Absicht, Theile zu bestimmen, deutlich so ausgedrückt, daß man dies wohl allenfalls als Anordnung einer Bedingung auslegen könnte²⁶⁾. Im

- 26) *G. Barth. CHERII Interpret. jur. Lib. I. cap. IV. nr. 6. sqq.* (in *HEINECCI jurisprudentia Rom. et Att. T. II. p. 27 sqq.*). — Etwas gekünstelt scheint hier das Fundament, worauf Ulpian, dem Celsus folgend, seine Entscheidung stützt: „*quasi duplici facta institutione*“; nämlich, man müsse die Verfügung so auslegen: „sollte ich noch Theile anordnen, so haben die Erben darnach zu theilen, wo nicht, erben sie zu gleichen Theilen. A. Faber findet aber eine zweifache Erbeinsetzung auf dieselben Einsetzungsworte so lächerlich und in sich widersprechend, daß er diese Entscheidung nur durch einen Tribonianismus erklären zu können glaubt. (*Error. Pragm. Dec. XXXV. Err. 10. nr. 3 sqq.*). Allein was hier eine solche Aenderung veranlaßt haben könnte? darüber bleibt er eine befriedigende Antwort schuldig; wir müßten also, wie in so vielen Fällen vermuthlicher Interpolationen, annehmen, daß nur die Freude an willkürlichen und künstlichen Aenderungen den Tribonian dazu bewogen habe. Ueberhaupt aber würden wir den Fleiß und Scharfsinn der Compileratoren viel zu hoch anschlagen müssen, um auch nur die Hälfte der Inter-

Zweifel; denn ist der Wille des Erblassers ganz klar, daß die Erbseignung nicht eher vollständig seyn solle, bis die Erbquoten bestimmt sind, so räumt auch Ulpian ein, daß demselben nachgegangen werden müsse²⁷⁾; ja, er nimmt keinen Anstand, zu behaupten, daß die Erbseignung in dem Fall immer ungiltig sey, wenn der Erblasser sich auf eine anderswo über die Theile der Erbschaft schon vorhandene Aeußerung beziehe²⁸⁾. Man

polationen gelten lassen zu können, die A. Faber ihnen Schuld giebt.

27) „*Si voluntas defuncti non refragatur.*“

28) L. 2. §. 1 D. *de heredib. inst.* „Potest autem interesse, utrum ita quis scribat: *ex his partibus, quas adscripsi*, an: *adscriptero*, ut superiori modo dicas, nullis adscriptis partibus, nullam esse institutionem, quomodo in illo Marcellus: *ex his partibus, ex quibus testamento matris scripti fuissent, heredes sunt*; si intestata mater decesserit, hos non esse institutos.“ — Auch hier zeigt sich nach A. Faber a. a. O. Nr. 10 sqq. Tribonian's ändernde Hand. Eine Bedingung müsse man die Beziehung auf Theile mit Marcellus nennen a) wenn sie auf eine künftige Bestimmung von Theilen gehe, b) wenn sie auf die von einem Dritten bereits erfolgte Festsetzung von Theilen gestellt werde, sonst sey hier bloß eine falsche Demonstration vorhanden, diese aber unschädlich (L. 40. §. 3 D. *de cond. et demonstr.* (XXXV. 1). L. 25 in f. D. *de liber. leg.* (XXXIV. 3). Tribonian habe nun aber ganz verkehrt den ersten Fall nicht für eine Bedingung erklärt, und die beiden letzten Fälle für identisch genommen. — Indessen dürfte sich doch auch diese Entscheidung wohl rechtfertigen lassen. Die Hinweisung auf eine künftige Theilung läßt doch immer die Erklärung zu: wenn ich Theile bestimmen werde, so soll es darnach gehen. Bei der

kann also gewiß nicht sagen, daß Ulpian in der L. 2. tit. von der von ihm in der L. 9. §. 5. referirten Meinung des Marcellus abweiche, im Gegentheil enthält jene Stelle noch einen Beweisgrund dafür, daß er in Hinsicht auf eine vom Testirer wirklich gewollte Verbindung der Einsetzung völlig mit demselben übereinstimme. Eine eigenthümliche Ansicht hat A. Gaber²⁹⁾. Zu-

Berweisung auf eine bereits vorgenommene Bestimmung von Theilen liegt doch allemal ein Irrthum des Testirers zu Grunde, wenn eine solche Theilung nicht geschehen ist; dadurch aber wird die Erklärung des Testirers doch jedenfalls sehr unsicher. Man kann auch sagen: hier werden Theile gegeben, die überall nicht existiren; diese Bestimmung steht also mit der Einsetzung selbst in der genauesten Verbindung. Dagegen affigirt ein bloßer Vorbehalt künftig zu bestimmender Theile die Einsetzung unmittelbar nicht, und der Erblasser kann ja seine Absicht, Theile anzuordnen, immer noch aufgeben. Auch widerspricht Ulpian sich nicht (wie Westphal a. d. nachher anzuführenden Orte zu glauben scheint), wenn er L. 36 D. de heredib. inst. sagt: „Si quis ita scripserit heredem: ex qua parte codicillis Titium heredem scripsero, heres esto; etiamsi pars in codicillis non fuerit adscripta, erit tamen heres, quasi sine parte institutus.“ Denn es ist ganz klar, daß das futurum exactum hier für das gewöhnliche futurum steht, wie in L. 2 eod., also die Bestimmung des Erbtheils bloß vorbehalten wird. — Vgl. Fr. DUA-RENUS ad tit. de heredib. inst. Cap. 3. (opp. p. 338). Barth. CHESIUS interpr. jur. Lib. I. Cap. IV. Nr. 12 sqq. (in HEINECC. Jurispr. Rom. et Att. T. II. p. 29 sqq.) POTHIER Pand. Justin. tit. de hered. inst. Nr. XXXVIII. Not. e. T. II. p. 202. Westphal Theorie des röm. Rechts von Testamenten §. 265. S. 189—192.

29) Error. Pragmat. Dec. XXXV. Err. IX. — Einen

vörderst geht er von dem richtigen Grundsatz aus, daß der Wille des Erblassers immer als Norm angesehen werden müsse, wenn die Frage entstehe, ob gewisse Weglassungen der Gültigkeit des Testaments schaden, oder nicht. Davon enthalte die Pandektenstelle folgende Anwendung: Hat der Erblasser zwar die Hinzufügung einer Bedingung beschlossen, allein absichtlich unterlassen, so gilt die Einsetzung; beharrte er dagegen bei seinem Willen, so gilt sie nicht. Ersteres liege in den Worten: *Tantum — putat*; letzteres in dem Satz: *Sed si conditionem u. s. w.* Nur müsse man die Lesart ändern, und zwar in der Art, daß man das *non* vor *instituto* weglasse und in dem folgenden Satz hinter *conditionem* einschiebe. Die Stelle müsse mithin so lauten: *Tantum — Marc. tractat et in eo, qui conditionem destinans inserere, non addidit, nam et hunc pro instituto putat. Sed si conditionem non addidit, dum nolle, detracta ea heredem futurum* (d. i. wenn er die Bedingung zwar nicht hinzufügt, allein dieselbe nicht absichtlich wegläßt, sondern bei seinem Willen beharrt, daß der Erbe ohne Bedingung — *detracta conditione* — nicht Erbe seyn solle), *nec nuncupatum videri, quod contra voluntatem scriptum est.* — Den Grund zu einer Emendation, wodurch beide Sätze geradezu eine ganz andere Bedeutung erhalten, als sie nach der übereinstimmenden Lesart aller Handschriften und Ausgaben haben

Bereinigungsversuch kann man diese Erklärung nicht nennen, da Faber's Ansicht zuletzt darauf zurückkommt, daß Justinian's Constitution — wenn gleich nicht absichtlich, sondern in Folge der großen Unwissenheit Tribonian's — etwas Anderes enthalte, wie die Pandekten-Stelle.

können, findet A. Faber hauptsächlich³⁰⁾ in dem *Tamfundem* Marcellus tractat. Es solle also hier das Nämliche gelten, wie in dem vorausgegangenen Sage. Ganz gewiß. Allein was ist darin bestimmt? Der entschiedene Wille des Testirers, sagt Marcellus, soll dem Buchstaben des Testaments vorgehen, und darum der Erbe auch nur den Erbtheil erhalten, der ihm wirklich zugebachet war, wenn gleich ein größerer im Testament geschrieben ist. Ganz dasselbe drückt ja auch der erste Satz in unserer Stelle aus, wenn man die gewöhnliche Lesart beibehält, wogegen bei der von Faber vorgeschlagenen Emendation noch erst hinzugebachet werden muß, daß der Testirer seine Absicht wieder aufgegeben habe³¹⁾. — Eben so wenig Grund, wie diese

30) Er fährt ausserdem noch an: daß kleinere Partikel sich durch Nachlässigkeit der Schreiber bisweilen verfehlt finden; dies wird man ihm herzlich gerne einräumen, ja man darf ihm das Lob nicht versagen, daß der Grund, woraus die Weglassung des *non* in dem zweiten Satz sich erklären lasse, recht scharfsinnig erdacht und für manche Fälle wohl davon Gebrauch zu machen ist; in der Handschrift habe nämlich gestanden: *condic. non addidit*, woraus denn sehr leicht das: *conditionem addidit* habe entstehen können (l. l. Nr. 9). — Ein anderer Nebengrund ist: daß *nuncupatum* könne nicht auf eine Bedingungsformel bezogen werden (*formulam enim habet conditio, non nomen!*), sondern nur auf den Erben (ebendaf.). Aber kann denn das: „*nec nuncupatum vidori, quod contra voluntatem scriptum est*“ heißen: der gegen den Willen des Erblassers ernannte Erbe ist nicht für eingesetzt zu halten?!

31) „*Nam et hoc casu* (heißt es a. a. D. Nr. 8 a. E.) *id ipsum scriptum esse videtur, quod testator voluit, quia licet ab initio destinaret inserere conditionem*

Kritik, hat der Tadel Tribonian's, der diesmal nicht den Vorwurf einer Interpolation enthält, sondern darauf gegründet ist, daß derselbe den Marcellus auf eine handgreifliche Art mißverstanden habe. In der L. 8 Cod. habe nämlich der Satz ausgedrückt werden sollen: wenn der Testirer seine Absicht, eine Bedingung anzunehmen, wieder aufgegeben hat, so besteht die Einsetzung. Statt dessen sey der ganz widersinnige Satz zu Tage geförderte wenn auch der Testirer ausdrücklich erkläre, er setze Jemanden unter den nachstehenden Bedingungen ein, so gelte doch die Einsetzung ohne Bedingung. Dies würde Marcellus ganz anders entschieden haben. — Wir wollen darüber nicht streiten, was Marcellus gethan haben würde. Soviel ist aber gewiß, daß, wenn er das sagen wollte, was Faber ihm in den Mund legt, er sich ganz anders ausdrücken müßte, denn sonst würde ihn der Vorwurf eines nicht nur unbestimmten, sondern mit dem Gedanken im Widerspruche stehenden Ausdrucks vielmehr treffen, wie den Kaiser Justinian und seinen Minister³²⁾.

Noch darf eine Meinung nicht mit Stillschweigen übergangen werden, die eben so wenig, wie die von A. Ga-

cum tamen postea nullam addiderit, non alia de causa fecisse credendus est, quam quia nec addere voluerit. — Wie er bei solchen Voraussetzungen Justinian's Verordnung noch tadelnswerth finden konnte, ist fast räthselhaft. — G. gegen die Faber'sche Interpretation auch noch KORTHOLT diss. cit. §. 16.

32) Um nicht ermüdend zu werden, übergehe ich, was A. Faber über die nach seiner Meinung hier ganz unpassende Beziehung auf Papinian sagt (a. a. O. Nr. 11 sq.). Inwiefern der von Papinian entschiedene Fall etwas hieher Gehöriges enthält; wird sich weiter unten zeigen.

ber als Vereinigungsversuch betrachtet werden kann, ja wobei die L. 8 C. cit. gar nicht einmal erwähnt ist, in dessen mit so großer Zuversichtlichkeit als eine alle Zweifel beseitigende Erklärung der L. 9. §. 5 D. *de hered. inst.* angekündigt wird, daß sie schon darum nicht unbeachtet bleiben kann. Barth. Chesi trägt uns dieselbe vor³³⁾, jedoch nach den Lehrvorträgen seines von ihm außerordentlich belobten Lehrers Nic. Bonaparte³⁴⁾. Diese Meinung nun kommt im Wesentlichen darauf zurück: wollte der Testirer mehr ausdrücken, als er wirklich ausgedrückt hat, so wird das Fehlende ergänzt; (also: wenn er unbedingt einsetzen wollte, aber durch ein Versehen eine Bedingung hinzugefügt hat). Anders verhält es sich, wenn weniger gewollt, mehr gesagt ist; (also: der nach des Testirers Absicht mit einer Bedingung einzusetzende Erbe unbedingt eingesetzt ist). Hier gilt die ganze Disposition nicht. — Diese Probe von Nic. Bonaparte's Gelehrsamkeit und Scharfsinn hätte immerhin der Nachwelt vorenthalten bleiben mögen. Wenn wir auch ganz auf sich beruhen lassen, daß hier auf eine durchaus sprachwidrige Weise, von dem, welcher durch Versehen eine Bedingung hinzugefügt hat, gesagt wird: er habe weniger gesagt als gewollt, — so dürfen wir doch wohl fragen: wie läßt sich nach dieser Regel die vorausgehende Entscheidung Marcell's rechtfertigen, daß bei irrthümllicher Angabe einer höheren Erbquote die gewollte, niedrigere, für ausgedrückt anzusehen sey? Wie ist damit Justinian's Entscheidung in der L. 8 C. cit.

33) Barth. CHESIUS interpr. jur. Lib. II. Cap. XLVIII.
(in der Jurisprud. Rom. et Att. T. II. p. 238 sqq.)

34) S. über denselben CHESIUS in den interpr. jur. Lib. I.
c. 47. (l. l. p. 237. Nr. 11) u. cap. 49 (l. l. p. 261).

zu vereinigen, welche doch jedenfalls als geltendes Recht betrachtet werden muß? Ueberhaupt wäre es ein Leichtes, durch das argumentum ab absurdo die völlige Unhaltbarkeit dieses s. g. Grundsatzes zu zeigen; doch mag es an dem Gesagten genug seyn.

Betrachten wir nun die Frage: welche Wirkung hat es, wenn beabsichtigte Bedingungen nicht hinzugefügt werden? zuvörderst aus einem ganz allgemeinen Gesichtspuncte, so wäre hier eine zwiefache Ansicht möglich. Zuerst, daß man sagte: Bedingungen sind Nebenbestimmungen eines Rechtsgeschäfts, ein Mangel derselben kann also auf die hauptsächliche Bestimmung keinen Einfluß äussern³⁵⁾. — Eine zweite mögliche Ansicht aber ist die: die Bedingung einer Erbeinsetzung hängt aufs Genaueste mit dieser selbst zusammen und bildet einen wesentlichen Theil derselben. Nur unter dieser oder jener Bedingung will der Erblasser seine Verlassenschaft dem Erben zurechnen, ohne sie existirt mithin noch gar keine Erbeinsetzung, wenn die Hinzufügung einer Bedingung wirklich beabsichtigt wurde. — Abgesehen nun von der bekannten Regel (welche übrigens in einem positiven Rechte auch allenfalls eben so zweckmäßig umgekehrt bestimmt seyn könnte), daß unmögliche Bedingungen bei letztwilligen Verfügungen gar nicht beachtet werden, — so wie davon, daß die Nichtexistenz der Bedingung die *vis rumpendi* des Testaments nicht verhindert, ist es denn auch ganz unverkennbar die

35) Vgl. Wilh. Sell die Lehre von den unmöglichen Bedingungen (oder: Versuche im Gebiete des Civilr. Th. 2) S. 8. C. 41, wo auf ähnliche Art der Beweis des Grundes versucht wird, weshalb bei Testamenten unmögliche Bedingungen für nicht geschrieben gelten, also die Hauptbestimmung als eine unbedingte besteht.

Anficht der Römer gewesen, daß die Bedingung und die davon abhängig gemachte Disposition als ein unzertrennliches Ganze zu betrachten seien³⁶). Auch unsere Pandektenstelle (L. 9. §. 5 D. *de heredit. inst.*) enthält dafür ein sehr sprachendes Zeugniß, und man darf es sicher als eine noch anwendbare Rechtsregel ansehen, daß eine Erbeselsetzung nicht gilt, wenn der Testirer ganz entschieden eine Bedingung damit verknüpfen wollte, diese aber fehlt. Gewiß ist diese Regel zu keiner Zeit, und auch von Justinian nicht, bezweifelt. Allein wann dies für ausgemacht anzunehmen sey? darüber gab es allerdings wohl verschiedene Ansichten. Wer hier Alles recht strenge nahm, der hielt sich an die einmal erklärte Absicht des Testirers, Bedingungen beifügen zu wollen, und verlangte einen deutlich ausgesprochenen Widerruf jener Absicht, um die Verfügung als eine unbedingte gelten zu lassen. Andere dagegen machten den bekannten favor testamentorum auch hier geltend, so wie die darauf gegründete Rechtsregel: „Quum in testamento ambigue, aut etiam perperam scriptum est, benigne interpretari secundum id, quod credibile est cogitatum, credendum est“³⁷). Mag nun die L. 8 C. *de instit. et substit.* zu den 50 Decisionen gehören oder nicht, — soviel ist gewiß, daß Justinian hierin eine Frage entschied, über welche keineswegs eine bestimmte Meinung feststand, und zwar daß er sich, wie meistens zu der billigeren Partei hielt. Der wesentliche Inhalt seiner Ver-

36) L. 17 D. *de condit. instit.* (XXVIII. 7) — — — „conditio — — occupabit institutionem.“ — L. 26 in f. *eod.* — — — „conditione expleta pro eo est, quasi pure ei hereditas vel legatum relictum sit.“

37) L. 24 (25) D. *de rebus dubiis.* (Marcellus Lib. XI. Dig.)

ordnung läßt sich so ausdrücken: auch die Erklärung, der Erbeeseinsetzung Bedingungen hinzuzufügen, schadet dem Rechtsbestande der Erbeeseinsetzung nicht, wenn diese dennoch unbedingt ausgesprochen ist, sich auch sonst nirgends im Testamente Bedingungen ausgedrückt finden, die darauf bezogen werden können; es soll also in solchem Falle angenommen werden, der Testirer habe seinen Willen hinsichtlich der hinzuzufügenden Bedingungen wieder geändert³⁸⁾. — Indessen sind verschiedene Juristen der Meinung, daß die Stelle überhaupt nicht von Bedingungen zu verstehen sey, sondern der Ausdruck *conditiones* hier die Bedeutung anderer Nebenbestimmungen, oder auch eines *modus* habe³⁹⁾. Eine scheinbare Unterstützung enthält diese Meinung auch durch die Berufung Justinians auf das Responsum von Papinian: ein Testirer hat einer Stadt gewisse Dorfschaften⁴⁰⁾ vermacht und sich eine nähere Bestimmung über die Gränzen der vermachten Güter, so wie der Kampfspiele halber vorbehalten. Daran wird er aber durch den Tod verhindert. Papinian nun ist der Meinung, daß dies der Giltigkeit des Vermächtnisses nichts schade, indem die Güter ihre bestimmten Gränzen ohnehin haben, also alles Wesentliche feststehe. Freilich ist also hier von einer Bedingung nicht die Rede. Dennoch stellen sich dieser Interpretation fol-

38) G. Cyprian. Regn. ab OESTERGA comment. in leg. Cod. ad h. l. (p. 258 b).

39) So LEYSER medit. ad Pand. Sp. 351. m. 7 sq. und ausführlicher KORTHOLT diss. cit. §. 17—21. — Auf ähnliche Weise sucht auch schon CONNANUS comment. jur. civil. Lib. X. Cap. VI. Nr. 6 in f. zu erklären.

40) Ueber die Bedeutung der Viers: Cujacius ad Papiniani responsa Lib. VIII. (opp. Ed. Neapol. T. IV. p. 426).

gende erhebliche Gründe entgegen. Zuvörderst ergibt es sich aus dem Schlußsage der Stelle mit unzweifelhafter Gewißheit, daß der Kaiser hier an eigentliche Bedingungen dachte, — also an solche Bestimmungen, wodurch der Erfolg eines Rechtsgeschäfts suspendirt wird⁴¹⁾. Sodann ist es bei einer erweislich unvollständigen Willenserklärung gleichgiltig, ob dasjenige, wovon der Testirer die Wirksamkeit der Erbeseinsetzung abhängig machen wollte, Bedingung oder irgend eine andere Auflage oder nähere Bestimmung sey, z. B. die Bestimmung von Theilen. Steht es wirklich fest, daß der Testirer selber die Erbeseinsetzung nicht eher für vollständig hielte, bis die nähere Bestimmung erfolgte, so kann sie auch nicht eher dafür gelten⁴²⁾. So wichtig daher auch der Unterschied zwischen Bedingungen und anderen Nebenbestimmungen, namentlich der Festsetzung von Theilen von jeher erschien, so durfte sich doch Justinian, wenn er einmal den Grundsatz aufstellen wollte: im Zweifel ist die Erklärung wegen der hinzuzufügenden Bedingungen zurückgenommen, auf die Papinianische Entscheidung berufen, welche sich doch am Ende nur darauf stützen konnte: wenn Alles sonst verständlich und klar im Testamente angeordnet sey, so solle eine Erklärung des Testirers: er beabsichtige noch Dieses und Jenes anzuordnen, im Zweifel nicht berücksichtigt werden. Mehr als dies wollte aber auch sicher Papinian nicht sagen, ungeachtet es in dem *Responsum* heißt: der Testirer sey *morte praeventus* von der Ausführung seiner Bestimmung abgehalten worden.

41) L. 8 in f. C. *de instit. et subst.* „*Sin autem conditiones quasdam in quavis parte testamenti posuit, tunc videri ab initio conditionalem esse institutionem.*“

42) L. 2 D. *de heredit. inst.* (s. oben Note 27).

Eine völlige Gewißheit darüber: ob der Testirer seine Absicht ins Werk gerichtet haben würde, wenn er gelebt hätte, ist nie zu erhalten. Immer konnte es aus den Umständen wahrscheinlich werden, daß nur der Tod die Ausführung gehindert habe und darum so die Anfrage gestellt seyn, als wäre dies außer Zweifel. Sollte hier also ein durchgreifender und allen Zweifeln ein Ende machender Grundsatz entscheiden, so konnte darauf keine Rücksicht genommen werden, sondern der Jurist mußte so allgemein antworten, wie von ihm geschehen ist.

Damit steht denn die L. 9. §. 5 D. *de heredit. instit.* auch keineswegs im Widerspruch, wie jetzt gezeigt werden soll. Ulpian handelt in der ersten Hälfte der L. 9 (Pr. §. 1 — 7) cit. von solchen Fällen, wo das im Testament Geschriebene mit dem Willen des Testirers nicht übereinstimmt; in allen diesen Fällen entscheidet er sich denn dahin, daß der Buchstabe des Testaments dem Willen des Erblassers immer weichen müsse, ja dieser alsdann auch zur Ausführung komme, wenn das Versehen kein wesentliches, oder auch das Gewollte irgendwie im Testamente selbst ausgedrückt sey. Davon werden nun folgende Anwendungen vorgetragen: Wenn im Testamente ein ganz Anderer als Erbe stehe, als der vom Testirer Gemeinte, so gelte die Erbesetzung gar nicht, nicht für den Genannten, weil dieser nicht gemeint sey, nicht für den Gewollten, weil dieser nicht genannt sey⁴³⁾.

43) L. 9 pr. D. *de heredit. instit.* — Bgl. L. 3 D. *de rebus dubiis* (XXXV. 5). „Qui aliud dicit, quam vult, neque id dicit, quod vox significat, quia non vult, neque id, quod vult, quia id non loquitur.“ C. G. HÜBNER ad tit. Dig. de reb. dub. comment. p. 131 in f. sqq. — Meine Beurtheilung des Städel'schen Verbandsfalls S. 35 fg.

Und ein Gleiches finde Statt, wenn durch ein Versehen eine andere Sache genannt sey, als der Testirer nennen wollte⁴⁴⁾. Dagegen werde dem Willen nachgegangen, wenn das Versehen sich nur auf Größen-Bestimmungen beziehe, es möge nun irrthümlich eine größere Quote im Testamente geschrieben seyn, als der Testirer wollte⁴⁵⁾, oder eine geringere⁴⁶⁾. Wenn nun Ulpian im §. 5

44) L. 9. §. 1 D. de heredit. inst.

45) L. 9. §. 1 *cod.* „Sed si non in corpore erravit, sed in parte, puta si, quum dictasset, ex semisse aliquem scribi, ex quadrante sit scriptus, Celsus lib. XII. Quaestion. — posse defendi ait, ex semisse heredem fore, quasi plus nuncupatum sit, minus scriptum (§. unten Not. 47); quae sententia rescriptis adjuvatur generalibus. Idemque est, et si ipse testator minus scribat, quum plus vellet adscribere.“ — Daß man übrigens dieser ganzen Argumentation nicht recht trauete, ergiebt sich aus den mehrfachen und gewichtigen Autoritäten, worauf man sie zu stützen suchte.

46) L. 9. §. 3 *cod.* „Sed si maiorem adscripserit testamentarius, vel quod difficilius est probatione, ipse testator, ut pro quadrante semissem, Proculus putat, ex quadrante fore heredem, quoniam inest quadrans in semisse; quam sententiam et Celsus probat. (§. 4). Sed et si quis pro centum ducenta per notam scripsisset, idem juris est; nam et ibi utrumque scriptum est, et quod voluit, et quod adjectum est; quae sententia non est sine ratione.“ — Auf ähnliche Art argumentirt Ulpian mit Berufung auf Julianus in der L. 27. §. 3 D. de recept. (IV. 8): Wenn von drei Schiedsrichtern der eine auf 15, der andere auf 10, ein Dritter auf 5 erkenne, so sey diese letztere Summa zu zahlen, — weil — 5 in 10 sowohl als in 15 stecke, oder: „quia in hanc summam omnes convenerunt“! So soll denn auch hier der durch ein Versehen auf zu

fortfährt: „Tantundem Marcellus tractat et in eo“ u. s. w., so darf man dieß nicht bloß auf die zuletzt angeführten Entscheidungen, wegen der irrthümlichen Größen-Bestimmungen, sondern man muß es auf die ganze vorausgegangene Erörterung beziehen. Es folgen nämlich nun wieder Beispiele von Fällen wo a) die Disposition überall nicht gilt, weil der Wille des Testirers nicht ausgedrückt ist; und b) wo das von ihm Gewollte zur Ausführung kommt. Wir wollen einen Fall der letzteren Art.⁴⁷⁾ zuerst betrachten: Wenn durch ein blo-

Viel eingesezte Erbe die ihm zugedachte geringere Summe bekommen, weil diese ja doch immer in dem Mehreren enthalten sey. — Die unbedingten Verehrer der juristischen Klassiker mögen sehen, wie sie dergleichen vortreffliche Schlussfolgerungen rechtfertigen. — Daß es so schlechter Gründe zur Rechtfertigung dieser Entscheidung nicht bedürfe, bemerkt mit Recht Jos. AVERANIUS interpr. jur. Lib. IV. Cap. 16. Nr. 1. Indessen begnügt er selbst sich mit der Erklärung: errorem in quantitate non vitare. Besser sagt man wohl: wenn die Erbeinsetzung an sich betrachtet ohne Mängel ist, so kann ein irrthümlicher Ausdruck in Ansehung der Erbquoten eben so wenig als wesentlich in Betracht kommen, wie irgend ein anderer Irrthum im Ausdruck oder in der Bezeichnung (s. z. B. §. 29 u. 30 Inst. *de legat.*). Alles kommt also lediglich darauf an: ob der Beweis des Irrthums, so wie dessen, was gemeint sey, geführt werden kann? Diesen hat natürlich derjenige zu führen, welcher sich auf die Absicht des Testirers gegen den Ausdruck des Testaments beruft.

- 47) Auch der in L. 9. §. 7 vorgetragene gehört dahin: es beabsichtigt der Testirer zwei zu Erben einzusetzen, statt des ersten Erben nennt er aber zweie (den Primus et Secundus, und darauf noch einen Dritten); hier soll die

ßes Versehen eine Bedingung ausgedrückt ist, welche der Testirer nicht beabsichtigte, so besteht die Einsetzung als eine unbedingte; denn die Erbeseinsetzung ist ausgedrückt, die Nebenbestimmung ist hier etwas Ueberflüssiges, kann dies mithin erwiesen werden, so fehlt es ja nicht an dem Ausdruck dessen, was der Testirer eigentlich beabsichtigte ⁴⁸⁾. Es ist allerdings schwer, sich ein solches Versehen als möglich zu denken; am ersten noch so, daß man mehrere Erben einsetzt, den einen unbedingt den anderen bedingt, die Bedingungsformel jedoch so stellt, daß sie nach dem grammatischen Zusammenhange auf Beide bezogen werden muß ⁴⁹⁾. Dies führt nun den Juristen wieder auf einen solchen Fall, wo die Einsetzung selbst als gar nicht vorhanden anzusehen ist: „Idem tractat,

Erbeseinsetzung für den Secundus überall nicht gelten. Der Beweis, daß dieser nicht gemeint sey, wird freilich in den meisten Fällen mit großen Schwierigkeiten verknüpft seyn.

48) Den hier (in L. 9 pr. §. 5) und in der L. 9. §. 2 vorkommenden Ausdruck: *nuncupatum* darf man nicht so deuten: es hat der Testirer seinen Willen mündlich erklärt, derselbe ist aber falsch aufgeschrieben; sondern das *nuncupatum* geht offenbar auf die feierliche *Nuncupation* bei den Mancipationstestamenten (GAI Inst. II. 104): die *Nuncupation*, oder die feierliche Erklärung des Testirers, daß die *tabulae* seinen letzten Willen enthalten, soll also auf die Absicht des Testirers, nicht auf den bloßen Buchstaben der *Scriptur* bezogen werden.

49) Z. B. A. soll mein Erbe seyn unter dieser oder jener Bedingung, und auf gleiche Art B. Ergiebt sich nun etwa aus anderen Stellen des Testaments, oder aus sonstigen Aeußerungen des Testirers, daß B. unbedingt eingesetzt seyn solle, so muß er auch dafür gelten.

et si testamentarius (d. i. Derjenige, welcher das vom Erblasser dictirte Testament niederschreibt) contra voluntatem testatoris conditionem detraxit, vel mutavit, heredem non futurum, sed pro non instituto habendum⁵⁰⁾. Hier wird also geradezu gesagt: der Testirer hat eine Bedingung ausgesprochen, der Schreiber hat sie aber entweder gar nicht, oder verändert niedergeschrieben, gerade so, wie auch in einer der bereits erwähnten Stellen (Note 45) von Theilen die Rede ist, die anders niedergeschrieben sind, als sie dictirt wurden. Man könnte dies vielleicht als eine Erläuterung der zu Anfang des §. 5 gemachten unbestimmten Aeußerung ansehen, daß der Erbe nicht als eingesetzt zu betrachten sey, wenn der Testirer die Absicht gehegt, eine Bedingung hinzuzufügen, dies aber nicht ausgeführt habe. Indessen ist kein Grund vorhanden, die Entscheidung des Marcellus hierauf zu beschränken, und auch für das practische Recht kann man als allgemeingiltige Regel annehmen: ist die Absicht des Testirers entschieden, eine Bedingung der Erbeeseinsetzung beifügen zu wollen, so besteht diese gar nicht, wenn sich die Bedingung nicht ausgedrückt findet. Bei der Anwendung dieser Regel treten nun allerdings wohl Meinungsverschiedenheiten ein, und wenngleich Marcellus selber lehrte: zweifelhafte Aeußerungen sollten dem Rechtsbestande des Testaments nicht schaden⁵¹⁾, so darf man doch nach den sonst uns erhaltenen Interpretationen dieses Juristen⁵²⁾ wohl annehmen, daß er den von Justinian in der L. 8 C. cit. aufgestellten Fall anders entschieden haben würde, wie der Kaiser. Ist also durch

50) L. 9. §. 6 D. de heredib. inst.

51) L. 24 D. de reb. dubiis. — C. oben Note 37.

52) C. L. 2 pr. D. de heredib. inst.

Justinian's Constitution etwas Neues bestimmt, so betrifft dies doch nicht den Grundsatz, sondern nur dessen Auslegung und Anwendung. Die desfallsige Bestimmung des Kaisers läßt sich als Rechtsatz etwa so ausdrücken: eine bloße Erklärung des Testirers, irgend etwas noch festsetzen zu wollen⁵³⁾, soll gar nicht beachtet werden, so lange die Auslegung möglich ist, daß er dies unterlassen habe, weil er wieder anderen Sinnes geworden ist. Eine solche Auslegung bleibt auch alsdann noch möglich, wenn der Erblasser durch einen plötzlichen Tod dahin gerafft wurde, ehe er seine Absicht ausführen konnte. Was von ihm ausgesprochen ist, steht fest, was er gethan haben würde, wenn er Zeit zur Ausführung seiner geäußerten Absicht gehabt hätte, läßt sich mit Sicherheit immer nicht bestimmen. Wo es aber außer Zweifel ist, daß der Testirer bei seinem Willen beharrt sey, da würde sicher auch Justinian nicht anders entschieden haben⁵⁴⁾. Man sehe z. B. den Fall, der Testirer behält sich bei der Erbeinsetzung die Hinzufügung von Bedingungen vor; diese finden sich zwar nirgends ausgedrückt, wohl aber heißt es an einer Stelle des Testaments: Sollte die Bedingung nicht eintreten, unter welcher ich den A. zum Erben eingesetzt habe, so substituire ich ihm für diesen Fall den

53) Ob dies in demselben Testamente geschehen sollte, oder (wie in dem von Papinian L. 77. §. fin. referirten Falle) in einem anderen Aufsatze, ist gleichgiltig.

54) Mit Recht bemerkt H. Faber (Error. Pragm. Dec. XXXV. Err. 9. Nr. 5 in f.) „Justiniani constitutio, quantumvis generalis esse videatur, eum tamen casum proculdubio non complectitur, quo proponas, illius, qui destinaverat inserere conditionem, certam esse voluntatem, quod nollet institutum aliter, quam sub conditione esse heredem.“

B. Daß hier die früher geäußerte Absicht nicht geändert sey, ist klar, und darum kann denn auch die Erbeeseinsetzung nicht bestehen. Wer möchte wohl zweifeln, daß Justinian diesen Fall eben so entschieden haben werde? Sein Gesetz enthält nicht das Geringste, um das Gegentheil anzunehmen; eher ließe sich dafür allenfalls noch anführen, daß nach dem Schlusssatz der Stelle die in irgend einem Theile des Testaments ausgedrückte Bedingung die Wirkung haben soll, als wäre dieselbe unmittelbar mit der Erbeeseinsetzung in Verbindung gesetzt. Doch würde dieser Grund an und für sich betrachtet immer sehr schwach seyn, auch bedarf es dessen zur Begründung unserer Interpretation überall nicht.

IV. Damit das spätere Testament ein früheres rumpire, durfte in demselben auch kein *suus heres* präterirt seyn: „*Si filius, qui in potestate est, praeteritus sit, et vivo patre decedat, testamentum non valet, nec superius rumpetur, et eo jure utimur*“⁵⁵). Das Testament, worin ein Postumus präterirt war, hob ein vorher errichtetes auf, wurde aber freilich durch *agnatio postumi* selber rumpirt⁵⁶). So rumpirten auch Testamente, welche nur durch *querela inofficiosi testamenti* oder durch *contra tabulas Bonorum possessio* rescindirt werden konnten, indem diese ohne eine solche Rescission als vollkommen wirksame Testamente bestanden⁵⁷). Nach dem Rechte der Nov. 115 kann aber auch dem wegen Präterition eines *suus heres* nichtigen Testamente die Wirkung der Rruption nicht versagt werden, da die

55) L. 7 D. *de liber. et postum.* (C. Bd. 36 d. Comment. S. 1421 h. C. 319).

56) C. L. 12 pr. D. *h. t.* (Vgl. Bd. 36 d. Comment. C. 317 fg.)

57) C. Bd. 37 des Comment. C. 294.

Nichtigkeit eines solchen Testaments jetzt immer nur eine relative ist, deren Wirkung sich (eben so wie die eines Testaments, worin ein Postumus präterirt war) nicht sofort äussert, sondern davon abhängt, ob bei der Delation des Erbrechts der verlebte Notherbe im Wege steht, oder nicht⁵⁸⁾. Im practischen Rechte kann also Verletzung der Notherbenrechte überall nicht mehr als ein Grund angesehen werden, welcher dem Testamente die Ruptionskraft entzieht. Indessen wird es doch nöthig seyn, an diesem Orte eine Stelle etwas näher zu betrachten, welche mit dem schwierigeren Theile des zur Zeit der Pandekten-Juristen geltenden Notherbenrechts in der genauesten Verbindung steht und von jeher die Aufmerksamkeit der neueren Juristen in besonders hohem Grade auf sich gezogen hat. Es ist die — an früheren Orten dieses Commentars schon mehrmals berührte⁵⁹⁾ — **L. 12. §. 1. D. de bon. poss. contra tab. (XXXVII. 4.)**. Sie lautet wie folgt:

GAJUS Lib. XIV. ad Edictum provinciale. —

Si prius testamentum exstet jure factum, quo filius exheredatus est, sequens imperfectum, in quo praeteritus sit filius, posteriore testamento praeteritus recte petet bonorum possessionem, si remoto quoque filio potiores sunt in ea hereditate posteriore testa-

58) Auch davon ist, und zwar unter Anführung der Gründe, schon oben die Rede gewesen Bd. 37 d. Comment. §. 1425 b. S. 294 fg. Nr. 7. §. 1425 c. S. 233. Vgl. auch, was daselbst zur Begründung des Derogations-Systems gesagt wurde, besonders S. 341 — 349.

59) S. Bd. 36 d. Comment. S. 321 fg. Note 10. Bd. 37. S. 362. Note 23.

mento scripti heredes; et ita jus habet, ut, quum is, contra quem filius petit bonorum possessionem, amoto filio possit obtinere hereditatem, filius quoque recte videatur petere bonorum possessionem, si vero ille non possit obtinere hereditatem, filius quoque excludatur.“

Abweichende Lesarten, die irgend auf den Sinn von Einfluß seyn könnten, giebt es hier gar nicht. In den Basiliken wird das „remoto filio“ durch „non existente filio“ (nach der Fabrotischen Uebersetzung) wieder gegeben, das folgende „amoto filio“ durch „si filius non esset.“ Ueberhaupt aber lautet der zweite Satz (von den Worten *et ita jus habet* bis zum Schlusse) hier nach der wesentlich ganz richtigen Uebersetzung so: „*generaliter* enim, quoties is, contra quem petitur bonorum possessio contra tabulas, poterat, si filius non esset, omnino hereditatem obtinere, tunc quoque filius adversus ipsum bonorum possessionem petere potest, si vero ille remoto quoque filio omnino hereditatem obtinere non poterat (oder wörtlicher übersetzt: si non poterat etiam sine filio, s. non existente filio hereditatem omnino habere), filius quoque a bonorum possessione contra tabulas excluditur“⁶⁰).

60) Libri Basilic. Lib. XL. Tit. III. II; (T. V. p. 307). Auch B. P. 364 meint, der griechische Uebersetzer habe keine Aufklärung gegeben, auch bezeichnet er das *generaliter* durch ein Fragezeichen. Indessen ungeachtet der nur ganz geringen Aenderungen im Ausdruck haben die Verf. der Basiliken nicht nur diese Stelle durchaus richtig aufgefaßt, sondern auch manches zu ihrem besseren Verständniß beigetragen, wie sich nachher ergeben wird.

Von den Auslegern ist noch hier vorzüglich deswegen zu nennen, weil sich bei ihm eine ziemlich vollständige Aufzählung und (oft freilich ganz grundlose) Kritik der verschiedenen Meinungen über diese Stelle findet⁶¹).

In der Hauptsache wird eine Ausnahme von der auch hier wieder anerkannten Regel aufgestellt, daß nur durch ein vollständiges Testament ein früheres aufgehoben werde. Worin diese Ausnahme bestehe? ist auch im Allgemeinen nicht schwer zu bestimmen: Wenn in einem früheren vollständigen Testamente ein Sohn enterbt ist (— versteht sich auf gehörige Art; denn sonst wäre es kein test. perfectum); in einem folgenden unvollständigen aber präterirt ist, so soll der Präterirte dennoch eine *contra tabulas bonorum possessio* gegen das zweite Testament haben, falls die in diesem Eingefesteten, wenn der präterirte Notherbe ihnen nicht im Wege stände, eine wirksame *Bonorum possessio* aus demselben erhalten könnten. Eine *contra tabulas B. P.* nun wurde nur gegen ein solches Testament gegeben, woraus eine wirksame *sec. tab. B. P.* nachgesucht werden konnte, wären in demselben nicht Notherbenrechte verletzt worden⁶²).

61) In der Schrift von der *Bonorum Possessio* nimmt der Commentar über diese Stelle mehr als 60 Seiten ein (von S. 361 — 422), und die Meinungen Anderer finden sich S. 393 — 420 dargestellt. Manche der von ihm übergangenen Meinungen finden sich auch bei Barth. CHERSIUS in der unten (Note 72) anführenden Stelle. Daß in der nachfolgenden Erörterung nur die bemerkenswertheren angeführt werden sollen, bedarf wohl keiner Rechtfertigung; denn fast Jeder von den zahlreichen Schriftstellern über die Stelle hat etwas Eigenthümliches.

62) S. hierüber Bd. 36. d. Comment. S. 327. Not. 18 und Bd. 37. S. 6 fg. so wie daselbst Not. 7 angeführten

Der in einem testamentum posterius imperfectum ernannte Erbe, erhielt aber in der Regel keine wirksame B. P. gegen den in dem früheren vollständigen Testamente Eingesezten, da dieses also nicht rumpirt war, so half es dem Rotherben auch nicht, daß er in dem zweiten Testamente präterirt war; ausser der querela inofficiosi testamenti wider das erste Testament hatte er überall kein Impugnationsmittel⁶³⁾. Nur wenn in dem letzteren die nächsten Intestaterben eingesetzt, in dem ersten ausgeschlossen oder übergangen waren, rumpirte jenes nach dem prätorischen Rechte das früher errichtete Testament (s. oben die Ausführung unter II. §. 365 fgg.). Es liegt daher gewiß sehr nahe, die Stelle von Gajus ebenfalls hiervon zu verstehen, wonach man denn ihren Sinn etwa so ausdrücken dürfte: ist der Rotherbe in einem vollständigen Testament gehörig enterbt, in einem späteren unvollständigen, d. h. nur in der prätorischen Form errichteten, aber präterirt, so kann er gegen das letzte die contratab. B. P. alsdann nachsuchen, wenn darin die nächsten Intestaterben eingesetzt sind; denn unter dieser Voraussetzung würden die eingesezten Erben eine wirksame Bonorum possessio aus dem zweiten Testamente erhalten. — In der That ist auch von den meisten Interpreten die Stelle so verstanden, von den Glossatoren⁶⁴⁾ bis auf

Belegstellen und Schriftsteller, denen noch beizufügen ist Franke Rotherbenrecht §. 133 fgg.

63) S. Band 37 d. Comment. §. 1422. §. 91 fg. Nr. 2a.

64) Gl. ACCURSII *Filius* ad h. l. — Auch BARTOLUS drückt in der Summa zu dieser Stelle ihren Sinn so aus: „Per secundum testamentum, in quo filius est praeteritus, si in eo sunt scripti venientes ab intestato, rumpitur primum.“

den neuesten Schriftsteller über diesen Gegenstand, Fr. Förster⁶⁵⁾. Testamentum jure factum ist hiernach also ein unter den civilrechtlichen Solemnitäten errichtetes Testament, testamentum imperfectum dasjenige, welchem diese mangeln, woraus aber doch der Prator eine sec. tab. Bon. possessio giebt⁶⁶⁾, und zwar hier Ausnahmssweise darum giebt, weil in demselben die nächsten Intestaterben eingesetzt sind. — Indessen verstehen Manche unter dem hier gemeinten testamentum imperfectum jedes Testament, woraus der Prator eine secundum tabulas B. P. gab, gleichviel, ob darin Intestaterben eingesetzt seien, oder nicht. Diese Meinung vertheiligen besonders Maranus⁶⁷⁾ und Koch⁶⁸⁾. Es ist allerdings wahr, daß von dem besonderen Rechte der L. 2 D. h. t.⁶⁹⁾

65) De honor. poss. liber. praeterit. contra tab. parent. P. II. §. 128 — 130. — Vgl. auch noch BACHOV ad §. 6 Inst. quib. mod. test. infirm. nr. 4 und POTHIER Pand. Justin. tit. de B. P. c. tab. nr. XVI. Not. a. p. 564; dieser nennt die beiden in der L. 2 D. h. t. erwähnten Ausnahmen: wenn das unvollständige Testament entweder jure militari errichtet, oder der nächste Intestaterbe darin eingesetzt sey, so rumpire es das frühere. Das erstere gehört aber hieher in keiner Beziehung; denn theils gilt es an sich schon als vollständiges Testament, theils schadet einem solchen Testamente die Uebergehung von Notherben nicht.

66) Vgl. hier Bd. 36 d. Comment. S. 321. 322. Note 10, sodann oben §. 1426. S. 119 fg. Not. 63 dieses Bandes, auch die Ausführung unter Nr. I. dieses §.

67) Guil. MARANI Paratitla ad Pand. tit. de Bon. poss. contra tab. (opp. Tolos. 1667. p. 694.)

68) Koch B. P. S. 367. §. 3 u. S. 381 fgg. §. 14.

69) — — „nisi — — in eo scriptus est, qui ab inte-

in unserer Stelle nicht ausdrücklich die Rede ist; und gewiß nicht ohne Grund sagt Maranus: wenn Gajus nur jenes besondere Recht vor Augen gehabt hätte, so würde er dies viel kürzer und bestimmter haben nennen können, Statt sich eines so allgemeinen und zweideutigen Ausdrucks zu bedienen⁷⁰⁾. Auch entgeht man dadurch am besten einer anderen Schwierigkeit, nämlich der Frage: welche Intestaterben eigentlich gemeint seien? da als der nächste doch immer der präterirte Sohn selber zu betrachten ist. (Wir werden auf diese Frage weiter unten zurückkommen). Nun bin ich ebenfalls der Meinung, daß die Stelle nicht bloß auf ein in Ansehung der civilrechtlichen Solemnitäten unvollständiges Testament, welches nur durch Einsetzung der Intestaterben vis rumpendi erhalte, einzuschränken sey, wofür die Gründe späterhin angegeben werden sollen; nichtsdestoweniger bleibt es aber unrichtig anzunehmen, daß ein präterisches Testament ein unter den civilrechtlichen Solemnitäten errichtetes zu zerstören die Macht gehabt habe, außer in dem Falle, wenn darin die Intestaterben eingesetzt waren. Der Beweis davon ist oben (Nr. II. S. 364 fgg.) bereits geführt, worauf hier verwiesen werden darf⁷¹⁾.

Noch weiter aber entfernen sich diejenigen von der gewöhnlichen Auslegung, welche annehmen, daß unter dem testamentum imperfectum hier ein solches gemeint sey, worin ein Motherbe präterirt ist. Es sind hier be-

stato venire potest; tunc enim et posteriori non perfecto superius rumpitur.“

- 70) — „si de venientibus ab intestato Jurisconsultus sensisset, promptius fuerat id nominatim dicere, quam ambigua et longa locutione uti.“

- 71) S. auch FORSTER I. I. S. 130. Not. 31. S. 397.

sonders zu nennen Bartholomäus Chesi⁷²⁾ und August Friedrich Schott⁷³⁾. Beider Ansichten sind aber im Einzelnen doch wieder so verschieden, daß jede besonders dargestellt werden muß.

Der Erste nun argumentirt auf folgende Art: *contra tabulas* Bon. *passessio* kann nur gegen ein wirkliches Testament nachgesucht werden; das *secundum testamentum posterius imperfectum* zu Gunsten der Intestaterben ist aber gar kein Testament, sondern Intestatcodizill⁷⁴⁾. — Dies kann also nicht gemeint seyn. Aber freilich darf auch nicht an ein zweites Testament gedacht werden, worin ein *suus heres* präferirt ist; denn ein solches kann das frühere Testament überall nicht rumpiren. Es ist also anzunehmen, daß der präferirte Sohn ein Emancipirter war. In diesem Falle wurde zwar das frühere Testament durch das folgende schon *ipso jure* rumpirt, indessen konnte dies doch durch *contra tab. B. P.* rescindirt werden, und darum nennt es Gajus ein *imperfectum*⁷⁵⁾. — Noch nennt dies eine ganz elende Erklärung und meint, Gajus müsse der größte Ignorant gewesen seyn, wenn er sich den Fall so gedacht hätte, indem alsdann ja nicht der mindeste Zweifel vorhanden gewesen wäre, warum das zweite Testament das erste nicht rumpiren

72) Barth. Chesi^{us} *Interpr. jur. Lib. I. Cap. VI.* (in der *Jurisprud. Rom. et Att. T. II. p. 43 sqq.*)

73) *Comment. de testamento posteriore imperfecto prius perfectum hand. rumpente Cap. VII.* (oder richtiger *Cap. VI.*) p. 67 — 71.

74) Gegen diese Ansicht habe ich mich oben S. 379 fgg. ausführlich erklärt. Damit fällt denn schon der Grund dieser ganzen Argumentation hinweg.

75) *l. l. Nr. 20 — 24.*

sollte¹⁶⁾. Dies sagt ja aber Christus auch selbst, dessen Erklärung nichtsdestoweniger unhaltbar ist; da sonst den Urheber der Stelle der gerechte Vorwurf treffen würde, daß er eine Trivialität, — einen Satz, der von selbst aus den bekanntesten Sätzen folgte, als etwas ganz Besonderes vorgetragen habe.

Schott geht davon aus: der Jurist hat es hier überall nicht mit dem Satz zu thun, daß ein zu Gunsten der Intestaterben errichtetes unvollständiges Testament ein früheres vollständiges rumpire; sondern er spricht nur von dem Recht des präterirten Notherben; darnach darf der Ausdruck testamentum imperfectum hier auch nur auf das wegen Präterition des Notherben unvollständige Testament bezogen werden. Nehme man an, daß in dem zweiten Testament nicht die Intestaterben eingefügt seien, so würde es, ungeachtet alle Solemnitäten beobachtet seien, in dem Falle null und nichtig seyn, wenn der präterirte Notherbe *suus heres* sey. Anders habe es sich freilich mit dem Emanzipirten verhalten, dessen Präterition dem zweiten Testamente, wenn es sonst nur zu Recht bestehen konnte, die Kraft, ein früheres zu zerstören, nicht habe entziehen können. Der Prätor sey daher bewogen worden, das sich von selbst verstehende Recht des Emanzipirten, ein *test. posterius*, worin er präterirt worden sey, durch *contra tabulas B. P.* umzustossen, auch dem präterirten *suus* zu geben, jedoch nur für den Fall, wenn in dem zweiten Testamente die Intestaterben eingefügt seien.

Dieser ganzen Darstellung liegt eine seltsame Vermischung der Begriffe eines *testamentum imperfectum* zu Grunde. Darunter soll hier nur ein wegen Präterition des Notherben unvollständiges Testament verstanden

werden, und gleichwohl hat Scho tt sich von dem, in dem vorausgehenden Theile der Abhandlung von ihm selbst entwickelten Begriff nicht losmachen können, daß es ein solches sey, welches nur durch die Einsetzung der Intestat-erben Gültigkeit erhalten könne. Und wie wenig Consequenz und Zusammenhang liegt darin, daß der Prätor den suis hier das Recht der Emanzipirten gegeben, und dennoch die Möglichkeit der Impugnatio durch *contra tabulas B. P.* auf den Fall beschränkt habe, wenn die Intestaterben eingesetzt seien, nicht zu gedenken der mancherlei irrigen oder doch sehr schlecht ausgedrückten Sätze⁷⁷⁾, welche in jedem Falle beweisen, daß die Grundsätze der prätorischen Erbsfolge und deren Verhältniß zum Civil-erbrecht vom Verfasser nicht richtig aufgefaßt waren.

Andere unter den Auslegern streitige Punkte können zweckmäßig erst zur Erörterung kommen, nachdem ich zuvor meine Ansicht über die Stelle im Ganzen auseinandergesetzt habe.

Fehlte einem zweiten Testament an der Form nichts, oder wurde es auch nur in Folge eines besonderen Rechts als ein äußerlich vollständiges betrachtet (wie das vorzugsweise s. g. *testamentum posterius imperfectum*), so rumpirte es ein früheres, wenn nicht in demselben ein *suis heres* präterirt war. In diesem Falle hatte es

77) Zu diesen gehört denn auch die Aeußerung: das *test. posterius imperfectum* besteho ipso jure (l. l. p. 69), wodurch er sagen will: es gilt juristisch als wäre es ein zu Recht beständiges, aber bloß zu dem Zwecke, damit eine *Bonorum possessio* dagegen möglich werde. Noch bemerkt zu dieser Stelle: „Mein seliger Freund hat schon bloß durch diese Behauptung gezeigt, daß er die Materie von der B. P. nicht gründlich studirt hatte“ (a. D. S. 405. Not. 4).

auch nicht einmal vim rumpendi prioris⁷⁸⁾. Unstreitig war also der in einem solchen Testamente präterirte bloß prätorische Notherbe besser daran; das frühere Testament war rumpirt, gegen das spätere suchte er die *contratubulas B. P.* nach. Daß eine consequente Anwendung der Grundsätze des prätorischen Successionsrechts mitunter zu Resultaten führte, welche nicht beabsichtigt seyn konnten, indem sie die civilrechtlichen Erben schlechter stellte als die prätorischen, — das konnte nicht ausbleiben. Indessen wußte man meistens Mittel zu finden, solche Ungleichheiten (welche man auch die innern Inconsequenzen eines Rechtssystems nennen könnte) aufzuheben; entweder wurde der prätorische Erbe auf das geringere Recht des civilrechtlichen beschränkt⁷⁹⁾; oder es wurde auf den Letzteren das vortheilhaftere Recht des Ersteren bezogen⁸⁰⁾. Ei-

78) L. 7 D. *de liber. et post.* — Allerdings findet sich auch in den Schriften, welche unsere Stelle erklären oder berühren, bisweilen die Behauptung, daß auch ein solches Testament das frühere rumpirt habe, weil doch der Prätor daraus eine *secundam tabulas B. P.* gegeben habe. Indessen beruht dies auf einer Verwechslung zwischen *B. possessio cum re* und *sine re*, und überhaupt wird es nicht nöthig seyn, nach dem, was hierüber früher schon vorgekommen ist (s. insonderheit Bd. 36 d. Comment. S. 319 fgg. und oben S. 445 fgg.), die Ansicht, daß ein wegen Präterition eines *suus heres* nichtiges Testament auch die *vim rumpendi* nicht gehabt habe, hier noch näher zu begründen. Was in dieser Beziehung noch von *Roch. a. a. D. S. 384. §. 15 a. E.* gesagt ist, wird dadurch für hinreichend widerlegt gehalten werden können.

79) C. *GAJI* Inst. II. §. 124 — 126.

80) Als hieher gehöriges Beispiel läßt sich auch die L. 20 pr.

nen Fall der letzteren Art haben wir nun hier. Eine so auffallende Ungleichheit konnte weder unbemerkt, noch ohne Abhilfe bleiben. So entstand denn die Regel, welche Gajus in der zweiten Hälfte der Stelle vorträgt: so oft die im zweiten Testamente eingesetzten Erben ein wirksames Recht gegen die im ersten Eingesetzten haben würden, falls ihnen nicht ein Notherbe im Wege stände, soll das erste Testament auch für den Notherben rumpirt, d. h. dieser berechtigt seyn, gegen das zweite eine *contra tabulas B. P.* nachzusuchen. Daß die Regel durch die Jurisprudenz aufgetaucht sey, scheint aus den einleitenden Worten: „*et ita jus habet*,“ hervorzugehen, so wie aus der Art ihrer Fassung. Diese ist aber auch zugleich so bestimmt, daß man in der That kaum begreift, weshalb man ihr keine Allgemeingiltigkeit zugestehen, d. h. sie nicht auf alle Fälle anwenden will, worauf sie möglicherweise gehen kann, ja sogar, um sie nur nicht allgemein zu verstehen, ganz willkürlich annimmt, Gajus habe denselben Satz doppelt gesagt, da er doch ganz deutlich zuerst eine Anwendung vorträgt, und diese auf die gleich daran geknüpfte allgemeine Regel stützt. Hiernach zerfällt denn die Stelle in zwei Theile, die mit einander in nothwendigem Zusammenhange stehen, ohne daß indessen der letzte nur als Wiederholung des ersten betrachtet werden darf, wie jetzt gezeigt werden soll.

1) Gajus geht von dem besonderen Falle aus: es ist in einem civilrechtlichen Testamente der Notherbe gehörig enterbt, in einem nur nach prätorischem Rechte giltigen aber präterirt. — Daß der Ausdruck *testamen-*

D. de contra tab. B. P. ansehen. S. Bd. 37 d. Comment. S. 10 fg.

tum imperfectum von jedem mangelhaften Testamente gebraucht werden kann, so wie testamentum jure factum von jedem, dem nichts fehlt, — daß also beide Ausdrücke sich auch auf solche Testamente beziehen lassen, die wegen Verletzung des Notherbenrechts nicht bestehen können, oder wegen gehöriger Berücksichtigung derselben gültig sind, leidet sicher keinen Zweifel⁸¹⁾. Gewöhnlicher ist es aber, jene Ausdrücke auf die äußeren Solemnitäten zu beziehen; zumal wenn dieselben, so wie hier, im Gegensatz stehen, und daß dies auch hier geschehen sey, beweist die ganze Fassung des Satzes. Die Worte: „quo filius exheredatus est,“ und „in quo praeteritus sit filius,“ können nicht füglich als nähere Bestimmung der vorausgehenden Worte, m. a. W. nicht als Angabe des Grundes angesehen werden, weshalb in dem einen Falle das Testament ein jure factum, in dem anderen ein imperfectum sey, sondern die natürlichste Uebersetzung ist die: wenn in einem vollständigen Testamente der Sohn enterbt, in einem unvollständigen aber präterirt ist⁸²⁾. — Hiernach wird denn in dem ersten Theil unserer Stelle der bekannte Rechtsatz: daß ein prätorisches Testament ein früheres civilrechtliches alsdann rumpire, falls in demselben die Intestaterben eingesetzt sind, — auf den Fall angewandt, wenn in demselben ein Notherbe übergangen ist. Wir wollen hier noch nicht untersuchen: wie dies überhaupt möglich sey, da der Notherbe ja eben der nächste Intestaterbe ist? sondern vorläufig nur das Resultat dahin angeben: ist in dem früheren vollständigen Testamente der Notherbe gehörig enterbt, in dem zweiten unvollständigen aber prä-

81) S. oben §. 1426. S. 119 fg. Note 63 u. S. 122 fg. Not. 74.

82) Koch a. a. D. S. 367 fg. §. 4.

terirt, so erhält der Notherbe gegen das letztere eine *contra tabulas Bonorum possessio*, wenn ohne ihn die darin Eingesezten auch als nächste Intestaterben zur Erbschaft berufen seyn würden.

2) Dieser Entscheidung folgt dann der allgemeine Rechtsatz, worauf sie beruht, der aber natürlich noch andere Fälle umfaßt. Der Jurist fährt nämlich so fort: Und dies ist also Rechtens⁸³⁾, daß der übergangene Notherbe in dem Falle eine *contra tabulas Bonorum possessio* nachsuchen kann, wenn ohne seine Dazwischentunft der eingesezte Erbe die Erbschaft erhalten würde, sonst aber nicht. — Der Anwendungs-Fall, an welchen gewiß Jeder von selbst denken wird, ist folgender: dem zweiten Testamente fehlt an der Form gar nichts. Wer nun auch darin eingesezt seyn möge, *Extraneus* oder Intestaterbe, immer würde das frühere Testament rumpirt seyn, wenn nicht ein civilrechtlicher Notherbe präterirt wäre. Dieser Umstand steht denn nach dem Civilrecht der Ruption im Wege (*L. 7 D. de liberis et postumis*), allein der Prätor giebt dem *suus heres* gegen das letzte Testament die *contra tabulas B. P.* eben so gut, wie dem bloß prätorischen Notherben, der sie von selbst verlangen konnte, da trotz seiner Präterition das frühere Testament durch das spätere schon ipso

83) Koch a. a. D. S. 377. §. 13 meint, daß die Worte: *et ius habet* hier etwa so viel bedeuten, als unser: von Rechtswegen am Schluß der Erkenntnisse. Das könnte man zur Noth glauben, wenn sich damit das Ganze schloße. Aber jene Worte bilden ja nur den Uebergang zu dem folgenden Satze, welcher nach Koch als reine Wiederholung des vorausgegangenen betrachtet werden müßte. Gewiß haben hier die von ihm getadelten Basilien den Sinn richtiger getroffen (s. unten Note 85).

jure rumpirt ist. — Dies Resultat nimmt auch Koch an⁸⁴⁾, doch ohne irgend Gründe dafür anzuführen, weder allgemeine noch besondere; denn die Stelle von Gajus soll, wie er meint, schlechterdings nur von dem Falle handeln, wenn das zweite Testament ein lediglich nach prätorischer Form gültiges ist. Daraus folgte denn nach seiner Voraussetzung (daß es auch bei einem solchen Testamente nicht einmal der Einsetzung der Intestaterben bedürfe) jenes Resultat ganz von selbst per argumentum a majori; aber auch hierauf beruft er sich nicht einmal. Da nun diese Voraussetzung ohnehin falsch ist, so erscheint die bloße Uebereinstimmung im Resultate als etwas rein Zufälliges, und schließt den Vorwurf nicht aus, daß auch von Koch die Stelle durchaus mißverstanden sey. Hatte Gajus bloß das prätorische Testament im Gegensatz des civilrechtlichen hier vor Augen, so erscheint die Stelle unleidlich tautologisch und schleppend; was mit wenigen Worten gesagt werden konnte und mußte, das findet sich hier nicht bloß zweimal gesagt, sondern in solchen Ausdrücken gesagt, die nothwendig mißverstanden werden mußten, wenn wirklich nur der eine Fall gemeint war. Jetzt aber erscheint fast jeder Ausdruck sinnvoll und bedeutend. Der Jurist wendet die Regel zuerst auf einen besonderen Fall an, und dann wiederholt er sie als allgemeine Regel⁸⁵⁾. Wer dagegen einwenden wollte: daß sich von dem zweiten Anwendungsfall sonst nirgends eine Spur finde, dem darf man wohl antworten, daß alsdann kein Rechtsfaß gelten dürfe, wofür sich nur eine einzelne Belegstelle anführen läßt; und deren sind doch wahrlich

84) a. a. D. C. 420 — 422 (Siebenter Abschnitt).

85) Mit Recht, leitet daher der Verfasser der Basiliken den zweiten Satz so ein: denn überhaupt, wer u. s. w.

nicht wenige. Hier kann man aber noch hinzufügen, daß eine Regel, so wie sie uns Gajus angiebt, schlechterdings nothwendig war, um die auffallende Inconsequenz zu entfernen, daß der bloß prätorische Notherbe eher zur Aufsehung eines Testaments berechtigt seyn könne, als der civilrechtliche, und eben ihrer inneren Nothwendigkeit wegen dürfen wir auch annehmen, daß sie in dem System der alten Jurisprudenz nicht gefehlt haben werde⁸⁶⁾.

Nach dieser Erklärung, welcher sich schwerlich etwas Wesentliches entgegenstellen lassen wird, sollen jetzt noch einige andere Punkte, welche mehr oder weniger mit dem richtigen Verständnisse der Stelle in Verbindung stehen, berührt werden.

1) Ist unter dem *filius exheredatus* oder *praeteritus* nur ein *suus*⁸⁷⁾, oder nur ein *emancipatus* zu verstehen⁸⁸⁾, oder geht der Ausdruck auf den prätorischen, wie auf den civilrechtlichen Notherben? Für letzteres haben sich stets die meisten Stimmen erklärt⁸⁹⁾, und dafür spricht auch, daß der Ausdruck (*filius*) allgemein ist, und

86) Auch *Ant. SCHULTING* in *not. ad Dig. tit. h. l. T. VI. p. 17* scheint dieser Meinung zu seyn. Leider erklärt er sich nicht näher darüber, sondern sagt nur zu den Worten *si remote — scripti heredes*: „*Qui possent habere honorum possessionem secundum tabulas cum re, non vero ab intestato proximo praecise.*“

87) *C. MARANUS* l. l. p. 693 a. E. sq.

88) *C. J. B. Barth. CHESIUS* l. l. Nr. 21 u. Nr. 24 und *Fr. Gu. Car. SARTORIUS* Diss. de bon. poss. quam contra tab. parent. liberi agnosc. p. 39. Note g; beide freilich aus verschiedenen Gründen.

89) *C. Koch* a. a. O. §. 371. §. 7 u. §. 395 fgg. *FOERSTER* de bonor. poss. contra tab. T. II. §. 136. Rot. 30. p. 396.

das Recht der *honorum possessio contra tabulas* auf Beide geht. Dennoch glaube ich, daß Gajus nur an den *filius suus* dachte. Denn der erste Satz hat zwar auch für den Emanzipirten Bedeutung, da ein bloß nach prätorischem Rechte gültiges Testament das frühere civilrechtliche überhaupt nicht anders zerstören konnte, als wenn in demselben die Intestaterben eingesetzt waren. In dessen die Regel kann in ihrer allgemeinen Fassung nur für den *sui* Bedeutung haben, da sich der durch sie ausgedrückte Rechtsatz für den Emanzipirten ohnehin von selbst versteht⁹⁰).

2) Es ist bisher immer angenommen, daß in dem ersten Falle, den unsere Stelle vor Augen hat, nur die Einsetzung derjenigen Intestaterben erfordert werde, welche die nächsten nach dem präterirten Notherben seyen. Die Stoffe construirt sich nun aber den Fall so: es seyen in dem zweiten Testamente von mehreren Kindern das eine präterirt, die übrigen aber eingesetzt⁹¹). A. Faber hält dies für den einzig möglichen Fall und denkt sich überhaupt die Sache so: In dem ersten Testamente wurden sämtliche Kinder enterbt, in dem zweiten wurde einer derselben präterirt, die übrigen aber setzte der Vater zu Erben ein⁹²). Nun läßt sich dieser Fall wohl allen-

90) Diesen, gewiß sehr wesentlichen, Zusammenhang der von Gajus aufgestellten Regel hat von allen mir bekannten Auslegern allein Maranus a. a. O. erkannt. Noch ist indessen der Meinung, daß Maranus einen „ganz ungegründeten und paradoxen favorem und *ius singulare filii sui* unnöthigerweise erfunden“ (a. a. O. S. 399 fg.)

91) Gl. Acc. *sed tamen distinguitur ad h. l.*

92) A. FABER Err. Pragmat. Dec. XXXVII. Err. 2 u. 3. (Vgl. auch dessen *conjecturae* I. 19).

falls als ein solcher denken, worauf das besondere Recht des testamentum posterius imperfectum hätte zur Anwendung kommen können⁹³⁾, wenn man sich dasselbe so vorstellt, daß in dem zweiten überhaupt nur nächste Intestaterben eingesetzt werden mußten. Indessen haben wir oben (§. 387 fg.) gesehen, daß sämtliche nächste Intestaterben einzusetzen waren, folglich würde in dem Falle, wie sich ihn A. Faber mit der Stelle denkt, ein wesentliches Erforderniß eines solchen Testaments fehlen. Hierzu kommt aber noch, daß diese Auslegung mit den Worten der Stelle schlechterdings nicht zu vereinigen ist. Subjunctiv spricht der Jurist von einem Sohne, welcher im früheren Testament enterbt war. Es ist daher im höchsten Grade willkürlich, dafür mehrere Söhne zu substituiren, und dann wieder vorauszusetzen, daß einige von diesen im folgenden Testamente eingesetzt seyen. Sodann aber wird diese Interpretation auch geradezu durch die zweimal vorkommende Erklärung ausgeschlossen, daß das frühere Testament alsdann rumpirt werde, wenn die in dem späteren eingesetzten Erben nach Ausschluß des Notherben (remoto, oder amoto filio) die Erbschaft erhalten würden. Offenbar werden hier also solche Erben vorausgesetzt, welche dem Notherben nachstehen, wogegen sie nach Faber's Erklärung mit ihm concurriren mußten⁹⁴⁾. Wir dürfen mithin annehmen, daß das Recht des testamentum posterius imperfectum für diesen Fall, also zunächst zum Besten des Notherben, etwas über seine ursprüngliche Gränze hinaus erweitert, oder auf

93) Koch a. a. D. §. 366.

94) S. hier besonders Barth. CASSIUS interpr. jur. Lib. I. cap. 6. nr. 17 — 19.

diejenigen ausgebehnt ist, welche die nächsten nach dem Noth-
erben sind⁹⁵⁾.

3) Wenn man eine Aeußerung von Schott buch-
stäblich verstehen darf, so würden die in dem letzten Te-
stamente Eingesezten die Erbschaft aus dem Testamente
nie erhalten können⁹⁶⁾. Wie dies nun auch gemeint sey,
so ist das Gegentheil doch aus der Stelle selbst sehr leicht
zu beweisen, indem deutlich gesagt wird, daß die Eingese-
zten solche Personen seyn müßten, welche die Erbschaft
erhalten würden, wenn ihnen der präterirte Notherbe
nicht im Wege stände⁹⁷⁾. Gleichgiltig ist es, aus wel-
chem Grunde sie durch den Notherben nicht gehindert wer-
den; ob dieser vor der Geltendmachung seines Rechts mit
Tode abgeht, oder verzichtet, oder sich an der Petitions-
zeit versäumt⁹⁸⁾. Aber auch der Fall, wenn ein Noth-

95) Vgl. Bd. 36 h. Comment. S. 320 fgg.

96) Es heißt nämlich comment. cit. p. 66. „Cave tamen
credas, ex postremo hereditatem adquiri agnatis.
Hoc enim non valet nisi ad infirmandum prius; neu-
tiquam vero institutis heredibus jus succedendi tribu-
it, quippe quod illis a filio praeterito eripitur.“
Dieser letzte Zusatz macht es allerdings sehr zweifelhaft,
was Schott eigentlich sagen wollte. Auch FORSTER
drückt sich über die Sache sehr zweideutig aus (a. a. D.
p. 394), so daß man ohne die Bemerkung am Schlusse des
§. 129 (S. 395) glauben könnte, er sey der Meinung
gewesen, der im zweiten Testamente Eingesezte habe
eine gegen den im ersten Eingesezten eine wirksame Bo-
norum possessio nicht anders erhalten können, als
wenn auch dieser auf irgend eine Weise wieder wegge-
fallen sey.

97) Vgl. Koch a. a. D. S. 404. Note 2.

98) Denn als Elvillerbe konnte ein solcher Notherbe hier sein
Recht nicht geltend machen, da ihm bloß durch den Prä-

erbe nie existirte, darf hier nicht übergangen werden, obwohl dann von der Anwendung des gesetzlichen Falles selbst natürlich nicht die Rede seyn kann. Dadurch erhält nämlich die Regel erst ihre rechte Klarheit, daß man sie so faßt: würden die in dem zweiten Testamente eingesetzten Erben die Erbschaft erhalten, falls ein Notherbe gar nicht vorhanden wäre, oder aus irgend einem Grunde wegfiel, so erhält der Notherbe auch gegen dieß Testament eine *contra tabulas bonorum possessio*. Die Vulsiten verdienen also gewiß deshalb keinen Tadel, daß sie das *amoto* oder *remoto filio* in ein *non existente filio* verwandeln⁹⁹⁾. Das *amoto filio* kann leicht auf bloße Beseitigung des vorhandenen Notherben bezogen werden, worauf doch Gajus seine Regel gewiß nicht beschränken wollte. Nicht so leicht war ein Mißverständnis zu befürchten, wenn in der Regel von einer Nichtexistenz des Sohnes die Rede war, da sich von selbst verstand, daß sie auch zur Anwendung kommen mußte, wenn der Notherbe auf irgend eine Art beseitigt wurde.

Der Vollständigkeit wegen mögen hier zum Schluß noch folgende Bemerkungen stehen:

A) Zu den Ausnahmen von der Regel, daß nur ein vollständiges Testament die Kraft habe, ein früheres zu zerstören, zählt man auch wohl die Fälle, wenn in Folge

tor die Aufsechtung des Testaments möglich wurde, mithin seine *Bonorum possessio* eine *necessaria* war.

G. MARANI Paratitla l. l. p. 693 sq.

99) G. oben S. 447. G. Koch a. a. D. S. 374 fg. Vgl. auch SMALLENBURG bei SCHULTING not. ad Dig. h. l. T. VI. p. 17. Note 1.

einer Indignitäts-Erklärung der Fisco an die Stelle eines eingesetzten Erben tritt. Von einem solchen Falle ist oben (§. 265) bereits die Rede gewesen. Ein anderer findet sich in folgendem Rescript A. Alexander Severus aus dem J. 223: „*Hereditas in testamento data per epistolam vel codicillos adimmi verbis directis non potuit. Quia tamen testatrix voluntatem suam non mereri unum ex heredibus suis declaravit, merito ejus portio, non jure ad alium translata, fisco vindicata est. Libertates autem in eadem epistola datae peti poterunt*“¹⁰⁰⁾. Schott versteht die Stelle so: der Testator habe vermittlest der Indignitäts-Erklärung den Erbtheil des indignus für ein Fideicommiß erklärt und als solches ihn dem Fisco zugewandt¹⁾. Richtiger aber construiert man den Fall auf folgende Art: Es waren in einem gültigen Testamente mehrere Erben eingesetzt. In einem an die Erben gerichteten Schreiben (also einem testamentarischen Codizill) findet sich, außer einigen Freiheitsvermachnissen, auch eine Indignitätserklärung in Beziehung auf einen der Miterben. Ueber die dadurch veranlaßten Zweifel äußert sich nun der Kaiser dahin: a) geradezu kann man durch Codizille Niemandem ein Erbrecht nehmen — (nämlich indirect, durch Verwandlung in ein Fideicommiß vermittlest einer an die Miterben gerichteten Auflage kann dies wohl geschehen. Eine solche fideicommissarische Auflage liegt aber hier nicht vor, sondern die Erblasserin hatte den einen Miterben geradezu ausgeschlossen). b) Indessen be-

100) L. 4 C de his quas ut indignis auferuntur (VI. 35).

1) SCHOTT comment. cit. p. 72. 73. — Auf ähnliche Art erklärte die Stelle schon BRUNNEMANN in comment. ad h. l. Cod.

wirkt die Indignitätsklärung, daß der Theil des ausgeschlossenen Miterben dem Fiscus anfällt, auch sind c) die in dem Codicill gemachten Auflagen zu erfüllen²⁾. — Es ist aber überhaupt der rechte Gesichtspunct verfehlt, wenn man das Eintreten des Fiscus an die Stelle des indignus für ein Rumpiren des Testaments erklärt³⁾, vielmehr bleibt das Testament bei Kräften und der Fiscus muß an Statt des Erben die testamentarischen Auflagen erfüllen⁴⁾.

Noch weniger aber kann man, den der folgenden Stelle zu Grunde liegenden Rechtsatz als Ausnahme von der obigen Regel betrachten, wie gleichwohl bisweilen geschieht: „*Paulus Lib. III. De creditorum. Clodius — facto primo testamento, postea eundem in alio testamento inutiliter facto instituerat; scriptus heres, quam posterius putaret valere, ex eo hereditatem adire voluit, sed postea hoc inutile visum est. Papinianus putabat, repudiasse eum ex priore hereditatem, ex posteriore autem non posse adire. Dicebam, non repudiare eum, qui putaret posterius valere; pronuntiavit, Clodianum decessisse*“⁵⁾. —

2) Vgl. Besiphal Theorie des röm. Rechts von Testamenten S. 1149.

3) Ausdrücklich heißt es in der L. 12 D. *de his quib. ut indign.* (XXXIV. 9): — „*quamvis institutio non valeat, neque superius testamentum ruptum esset.*“

4) L. 60 D. *de condit et demonstr.* („Fiscus iisdem conditionibus parere debet, quibus persona, a qua ad ipsum, quod relictum est, pervenit, sicut etiam cum quo onere hoc ipsum vindicat“), — L. 3. §. 5 D. *ad Senatusepns. Trebell.* (XXXVI. 1).

5) L. 97 D. *de acq. vel omitt. her.* (XXIX. 2).

In beiden Testamenten wurde der nämliche Erbe eingesetzt. Dieser tritt aus dem letzteren die Erbschaft an, indem er es für gültig hält, später aber zeigt sich das Gegentheil, und nun wird die Sache zur Entscheidung an das Auditorium Principis gebracht. Paulus ist der Meinung, daß das erste Testament noch gelte, da man gewiß nicht annehmen dürfe, Jemand habe das Erbrecht ausgeschlagen, weil er es aus einem von ihm für gültig gehaltenen Testamente erwerben wolle. Es gieng ihm aber so, wie es, auch jetzt wohl noch gehen kann, wenn Stimmenmehrheit und Autoritäten entscheiden: die verständigere Ansicht wurde überstimmt⁶⁾. — Es ist hier der Ort nicht, näher in die Sache einzugehen; gewiß ist aber, daß diese Stelle mit der Ruptionsfrage gar nichts zu thun hat, da sich Alles darum drehte (wie man aus dem von Papinian hinzugefügten Entscheidungsgrunde sieht), ob nicht die Erwerbung des Erbrechts aus dem ersten Testament ausgeschlagen, mithin das Testament für destituiert zu halten sey⁷⁾?

B) Aber werden nicht wenigstens die Codicillar-Verfügungen durch jedes nachfolgende ungiltige Testament aufgehoben? Denn zu deren Aufhebung ist eine beson-

6) Daß Paulus hier die meisten neuen Juristen auf seiner Seite hat, bedarf wohl kaum einer Bemerkung. S. z. B. die Accursische Glosse, *intestatum ad h. l.* 4. FABER conjectur. L. VI. Cap. 19. p. m. 164 b. Ed. CALDERA Var. Lect. Lib. I. Cap. 5 (in thes. MEERM. T. III. p. 598 sq.) Jo. JENSIVS stricturae ad Rom. juris Pandectas (Rotterd. 1749) p. 204. — Vgl. übrigens SCHULTINGO ad h. l. in not. ad Dig. T. V. p. 153. und die folgende Note.

7) S. SCHOTT L. I. p. 74, welcher im Uebrigen die Ansicht von Papinian billigt.

bere. Solemnität überall nicht erforderlich⁸⁾). Allerdings muß der bestimmt erklärte Wille des Testirers, daß die Vermächtnisse nicht gelten sollen, immer berücksichtigt werden. Findet sich aber eine solche in bestimmter Beziehung auf die Vermächtnisse ausgesprochene Erklärung nicht, so ist es gewiß sehr natürlich, daß auch alle Anordnungen eines Testaments erhalten werden, das durch ein früheres nicht zerstört werden konnte. So entscheidet denn auch Pomponius Lib. I. Fideicommissorum⁹⁾: „Si jure testamento facto fideicommissum tibi reliquero, deinde postea aliud fecero non jure, in quo fideicommissum relictum tibi vel aliud, quam quod priore testamento, vel omnino non sit relictum¹⁰⁾, videndum est, mens mea haec fuerit facientis postea testamentum, ut nolim, ratum tibi sit priore testamento relictum, quia nuda voluntate fideicommissa infirmarentur¹¹⁾). Sed vix id obtinere potest, fortassis ideo, quod ita demum a priore testamento velim recedi, si posterius valiturum sit; et nunc ex posteriore testamento fidei-

8) L. 3. §. 11 D. de adimend. vel transfer. legat. (XXXIV. 4).

L. 27 C. de fideic. (VI. 42). — S. oben S. 322. S. 330 fg.

9) L. 18 D. de leg. III.

10) D. h. es mag nun in dem zweiten Testamente ebenfalls ein Fideicommiß für dich angeordnet seyn, oder nicht.

11) Früher galt die formlose Aufhebung nur für Fideicommissen; diese werden daher gewöhnlich nur genannt, auch in der Zeit noch, als schon bei Legaten die unformliche Aufhebung durch *doli exceptio* vermittelt wurde. — Vgl. Barth. CASSI Differentiar. Cap. XXXIV. Nr. 5. (in der Jurisprudencia Rom. et Attica T. II. p. 723), und die Note 8 zu Gl. in Bezug genommene frühere Erörterung.

commissum ei non debetur, etiãmsi iidem heredes utroque testamento instituti ex priori exstiterunt“¹²⁾.

— Pomponius sucht also seine Entscheidung auf den prãsumtiven Willen des Erblassers zu stützen, und fügt alsdann noch den Nebengrund hinzu: der Vermächtnißnehmer bekomme ja auch aus dem letzten Testamente nichts. Indessen kann dieser Grund hier gar nichts beweisen, da die Entscheidung ja auch den Fall mit umfaßt, wenn dem Vermächtnißnehmer im zweiten Testamente gar nichts zugewandt war; und mit dem prãsumtiven Willen des Testirers sieht es in einem solchen Falle gewiß sehr mißlich aus. Einfacher und zugleich richtiger drückt man daher wohl den Grund so aus: ist das Testament im Ganzen nicht aufgehoben, so müssen im Zweifel auch die einzelnen Verfügungen desselben bei Kräften bleiben.

Dagegen fallen aber auch die Vermächtnisse von selbst weg, wenn das Testament auf irgend eine Art zerstört wird. Wenn daher in demselben die nächsten Intestaterben eingesetzt waren, so können die darin enthaltenen Anordnungen von Vermächtnissen auch nicht als Intestat-Codizille fortbestehen. Dies drückt Paulus in dem neunten Buche der Quaestionen¹³⁾ auf folgende Art aus: „Si quis testamento facto a filiis suis, quos heredes instituisset, fideicommissa reliquisset, non ut a legitimis heredibus, sed ut a scriptis testamentum aliquo casu irritum factum sit“¹⁴⁾, filii ab intestato

12) S. über diese Stelle auch Westphal Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen Th. II. S. 1462.

13) L. 81 D. de leg. II.

14) Das irritum factum testamentum kann hier nicht auf Vernichtung des Testaments durch capitis deminutio

venientes fideicommissa ex testamento praestare compelli non possunt¹⁵⁾).

§. 1431.

Modifikationen der Regel und insonderheit vom Nebeneinanderbestehen mehrerer Testamente *).

Von der Regel: daß durch ein gültiges Testament eine frühere Disposition vollständig rumpirt werde, giebt es eine absolute Ausnahme. Da nämlich der Soldat bei seinem Testiren nicht an die *familiae mancipatio* gebunden ist, so wird die Wirkung seines Testaments lediglich durch seinen ausgesprochenen oder präsumtiven Willen bestimmt. So wie daher der Soldat nur für einen Theil seines Vermögens sich einen Erben ernennen und es im Uebrigen bei der Intestaterbfolge bewenden lassen darf¹⁶⁾,

gehen, indem alsdann auch überall nicht von Intestatscodicillen die Rede seyn könnte, sondern es bedeutet überhaupt ein vernichtetes Testament, z. B. durch physische Zerstörung. S. CUIACIUS ad Lib. IX. Quaestion. Pauli h. l. ed. Neapolit. T. V. b. 1055 sq.

- 15) Bgl. L. 29 Cod. *de fideic.* „Ex testamento quod jure non valet, nec fideicommissum quidem, si non ab intestato quoque succedentes rogati probentur, peti potest.“

*) Die Diss. von Achat. Lud. Car. SCHMIDT (resp. SCHELLHAS) *de testamento priore posteriori derogante* (Jen. 1755) bespricht nicht bloß die durch den Titel angegebenen, sondern sämtliche Fälle, von welchen in diesem §. die Rede seyn wird, und ausserdem die Gründe, welche der Gültigkeit des späteren Testaments im Wege stehen, namentlich auch die Wirkung der dem früheren Testamente hinzugefügten Derogatorclausel (s. oben §. 1428. §. 172 fgg.); aber Alles mit gleicher Ungründlichkeit.

- 16) L. 6. L. 37 D. *de test. milit.* (XXIX. 1).

eben so kann er aus mehreren Testamenten direct beerbt werden¹⁷⁾, oder auch eine fröhre fideicommissarische Verfügung in eine directe verwandeln¹⁸⁾; m. a. B. seine Verfügung gilt gerade so, wie er sie gemeint hat¹⁹⁾, und insofern fällt denn hier auch die Regel weg: *posterius testamento prius rumpitur*²⁰⁾.

Außerdem giebt es aber noch gewisse (wirkliche oder vermeintliche) Modificationen der Regel, welche unsere besondere Aufmerksamkeit verdienen. Sie lassen sich auf vier Klassen zurückführen: Entweder 1) wird der Inhalt des früheren Testaments als Fideicommiss aufrecht erhalten, oder umgekehrt 2) es behält seine vollkommene Gültigkeit, die spätere Disposition aber besteht nur zum Theil, und zwar als fideicommissarische Verfügung, oder 3) es wird ein früheres Testament durch Vermittlung des Prätors wieder hergestellt, oder 4) es bestehen nach prätorischem Rechte mehrere Testamente neben einander wie eines. Wir wollen jede besonders betrachten. Also

1) der Inhalt des früheren Testaments wird als Fideicommiss aufrecht erhalten. Dies ist vornehmlich der Fall, wenn der Testator es also bestimmt²¹⁾, worüber

17) L. 19 pr. L. 36 pr. *ead.*

18) L. 19 pr. *cit.* „Quin imo, et ab codicillis ante fecerat, poterit eos per testamentum sequens cavendo in potestatem institutionis redigere, et effecere directam institutionem, quae erat praetoria.“

19) Vgl. Huschke über die Regel: „Nemo, pro parte testatus u. s. w. im rhein. Mus. Bd. VI. Nr. VIII. S. 326—333.

20) L. 19 pr. D. *de test. mil.* — „militi licet plura testamenta facere, sed sive simul fecerit, sive separatim, utique valebunt, si hoc specialiter expresserit, nec superius per inferius rumpetur.“

21) L. 12. §. 1 D. *h. t.* „Si paganus, qui habebat jam

nichts Näheres zu bemerken ist. Dieselbe Wirkung tritt auch ein, wenngleich der Testator den Erben im zweiten Testamente nur auf bestimmte Objecte eingesetzt hat. Dies wird so interpretirt: der Ernante soll alleiniger Erbe, jedoch auf die bestimmten Sachen oder Summen eingeschränkt seyn; alles Uebrige muß er daher in Folge der Erklärung des Erblassers, daß auch die frühere Disposition gelten solle, den im ersten Testamente Eingesezten substituiren. „*Marciianus Lib. IV. institution. 21) Si quis priore facto testamento posterius fecerit testamentum, etiamsi ex certis rebus in posteriores tabulas heredes instituit 23)*, superius tamen testamentum sublatum est, ut Divi quoque Severus et Antoninus rescripserunt. Cuius constitutionis verba retuli, quum alia quoque praeterea in constitutione

factum testamentum, aliud fecisset, et in eo comprehendisset, fidei heredis committere, ut priores tabulae valerent, *omnimodo prius testamentum raptum est*; quò vupto potest quaeri, an vice codicillorum id valere deberet. Et quum haec verba sunt fideicommissi (nämlich die Bestimmung: ut priores tabulae valerent), et sine dubio universa, quae illic scripta sunt, in causa fideicommissi erunt, non solum legata et fideicommissa, sed et libertates et *heredis institutio*“ — Vgl. *Cl. CHIFLETIUS de jure fideicommissor. Lib. III. Cap. XIV.* (bei *Orro thes. jur. Rom. T. V. p. 837 sq.*).

22) *L. 29 D. ad Sc. Treb. (XXXVI. 1).* Die Stelle ist mit wenig Veränderungen und mit Weglassung des Schlusssatzes in die Institutionen aufgenommen als §. 3 J. *quib. mod. test. infirm.*

23) Sprachrichtiger heißt es in den Institutionen: *etiamsi ex cert. reb. in eo hered. instituerit.*

expressa sunt: „„Impp. Severus et Antoninus Coccejo Campano²⁴⁾. Testamentum secundo loco factum, licet in eo certarum rerum heres scriptus sit, jure valere, perinde ac si rerum mentio facta non esset; sed teneri heredem scriptum, ut contentus rebus sibi datis, aut suppleta quarta ex Legge Falcidia hereditatem restitnat his, qui priore testamento scripti fuerant, propter inserta fideicommissaria verba, quibus ut valeret prius testamentum expressum est, dubitari non oportet.““ *Et hoc ita intelligendum est, si non aliquid specialiter contrarium in secundo testamento fuerit scriptum.*“ Der Satz, womit Marcian es hier hauptsächlich zu thun hat, ist, daß ein zweites Testament auch alsdann vim prioris rumpendi habe, wenngleich in demselben nur ein heres ex re certa eingesetzt sey²⁵⁾. Das Rescript bestimmt aber auch zugleich, welche Wirkung die Verfügung habe, daß das frühere Testament ebenfalls gelten solle. Allein was bedeuten die Schlußworte (*Et hoc ita intelligendum est u. s. w.*)? H. Faber hält

24) Daß hier nicht der Jurist CAMPANUS gemeint sey, zeigt Aeg. MENAGIUS jur. civil. amoenit. Cap. 27. p. 247. (ed Erfurt.)

25) Unbestritten war dies früher also gewiß nicht, und es läßt sich wohl behaupten, daß früher ein Testament gar nicht galt, wenn der Testirer so verfügte. Wurde doch erst auf die Autorität des Gallus Aquilius angenommen, daß Jemand als heres ex asse anzusehen sey, wenngleich der Erblasser das eine oder andere Object ausgenommen habe (z. B. *excepto fundo heres esto*. L. 74 D. de hered. inst.) — Vgl. noch Jan. a. COSTA in comment. ad §. 2 J. quib. mod. test. infirm. v. *etiam ex certis*.

ſie für einen Zuſatz Tribonian's²⁶⁾, und dieſesmal würde ich ihm hierin unbedenklich beſtimmen, wenn ſich nur nachweiſen ließe, daß in dieſem Punkte unter Juſtinian ein anderes Recht gegolten habe, als zur Zeit der juriſtiſchen Kläſſiker. Aber worin ſollte dieſes beſtanden haben? Gewiß nicht darin, daß dem Teſtirer etwa frei geſtanden hätte zu beſtimmen, es ſolle auch der im erſten Teſtamente ernannte Erbe ſ. g. directer Erbe ſeyn. Eher könnte man an ein Verbot des Abzugs der Quarta denken; allein die rechtliche Möglichkeit eines ſolchen Verbots iſt ja erſt durch eine Novelle Juſtinian's eingeführt²⁷⁾. Man darf daher dieſen Zuſatz, von Wem er auch herühren mag, wohl unbedenklich ſo verſtehen, daß jedenfalls die beſondere Beſtimmung des Teſtirers in Anſehung des den erſten Erben zu reſtituirenden Object's berückſichtigt werden mußte²⁸⁾, wobei ſich denn von ſelbſt verſteht, daß Alles, was der zweite Erbe hiernach nicht zu reſtituiren hat, ihm verbleibt, ungeachtet er in re certa eingefeßt iſt²⁹⁾.

Indeſſen iſt von neueren Juristen behauptet, daß heut zu Tage beide Teſtamente neben einander mit vollſtändiger Wirkung beſtehen, d. h. die in beiden Eingefeßten als directe Erben concurriren, ſofern nicht aus der Erklärung des Teſtirers, oder ſonſt aus den Umſtänden er-

26) A. FABER conjectur. Lib. V. c. 19 u. Error. Pragmatic. Dec. XV. Err. Nr. 10—15.

27) Nov. 1. cap. 2. §. 2.

28) Auf ähnliche Art erklärt die Accurſſiſche Gloſſe *ſpecialiter* den Zuſatz; ſie verſteht ihn geradezu von dem Fall, wenn der Teſtirer eine oder die andere Sache von der Reſtitutionsverbindlichkeit ausgenommen hat.

29) Arg. L. 1. §. 4 D. de heredit. inſtit.

hält, daß das frühere Testament nur als Fideicommiss gelten sollte³⁰⁾. Da wir indessen mit dem römischen Testamentstechte auch die Fundamental-Prinzipien dieses Rechts aufgenommen haben³¹⁾, so ist das Gegentheil richtiger, sofern sich nicht in Particularrechten ein Anderes bestimmt findet. Die Erklärung eines Testirers, er wolle, daß auch sein früheres Testament bei Kräften bleibe, ist also immer mit der Einschränkung zu verstehen: so weit dies rechtlich möglich ist; nach juristischen Prinzipien aber kann das frühere Testament dadurch immer nur die Bedeutung einer fideicommissarischen Disposition erhalten³²⁾. Am ersten noch würde man das zweite Testament, worin der Erbe auf eine bestimmte Sache eingesetzt ist, als bloße Subzillarverfügung ansehen dürfen, die Bestätigung des früheren Testaments aber als eine Erklärung, daß der hierin Eingesezte als der wahre Erbe zu betrachten sey. Indessen verträgt sich auch dies nicht mit der Rechtsanalogie, vorausgesetzt, daß an der Absicht des Testirers, ein eigentliches Testament zu errichten, nicht gezweifelt werden kann. In diesem Falle soll nach der

30) So Höpfner im Commentar S. 454 Note 3 und S. 518 Note 4. Dieser Schriftsteller will sogar alsdann schon directe Erbfolge aus beiden Testamenten eintreten lassen, wenn in dem letzten Testamente der Erbe nicht auf eine gewisse Sache, sondern schlechtweg eingesetzt ist. Nach der Natur der Sache aber sollte man eher annehmen, er erhalte im letzteren Falle mehr Rechte als im ersten. Höpfner beruft sich auf *Vox ad tit. de injusto u. s. w. test.* §. 8, welcher allerdings ohne alle Beschränkung den Satz aufstellt: *moribus hodiernis pluribus testamentis relictis nunquamque mori posse non ambigitur.*

31) Vgl. oben S. 338 fgg.

32) STRYK *cautel. testam.* Cap. XXIV. §. 59.

ausdrücklichen Bestimmung der Kaiser (in der L. 29 D. *ad Sc. Treb.*) die Gültigkeitserklärung des früheren Testaments immer nur die Bedeutung von *verba fideicommissi* haben³³).

2) Es ist aber auch möglich, daß das erste Testament als directe Verfügung aufrecht erhalten wird, einzelne Verfügungen des zweiten, obgleich in vollkommener Form errichteten, aber nur als Codicillar-Disposition bestehen. Hieher gehört der einzige Fall, wenn der Testirer lediglich durch eine irrthümliche Nachricht von dem Tode des früheren Testamentserben zu einer Abänderung seiner Disposition veranlaßt wurde. Dies Recht referirt *Paulus*³⁴) in seiner Sammlung kaiserlicher Entscheidungen³⁵) wie folgt: „*Pactumejus Androsthene Pactumejam Magnam, filiam Pactumēji Magni, ex asse heredem instituerat, eique patrem ejus substituerat. Pactumejo Magno occiso*³⁶) *et rumore perlato, quasi*

33) Wenn in dem zweiten Testamente ebenfalls wieder der frühere Erbe, allein oder mit Anderen eingesetzt wird, so kann natürlich die Gültigkeitserklärung nur auf die Vermächnisse bezogen werden.

34) L. 92 D. *de heredib. instit.*

35) *Cujacius* will, daß in der *inscr. leg.* nicht gelesen werde: *imperial. sententiar. in cognitionib. prolatar. ex Lib. VI. I. seu decretor. Lib. II.* sondern da die *sententiae* u. *Decrete* identisch seien: *decretorum Lib. I.* C. dagegen *Corn. v. Bynkershoek* in *comment. ad L. Lecta* Cap. 1. (opp. T. II. p. 2) und besonders *A. Schulting* in *jurisprud. ante Justin. ad Pauli sent. rec. Lib. I. Note 1. p. 211 sq.*

36) *Pactumejus Magnus* befand sich unter denen, welche *Commodus* ohne Urtheil und Recht hinrichten ließ. *Ael. Lampridius* in *vita Commodi* cap. VII sagt, der

illa quoque ejus mortua, mutavit testamentum, Noviumque Rufum heredem instituit hac praefatione: *quia heredes, quos volui habere, mihi continere non potui*³⁷⁾, *Novius Rufus heres esto*, Pactumeja Magna supplicavit imperatores, et cognitione suscepta, licet modus institutione contineretur³⁸⁾, quia falsus non solet obesse, tamen ex vo-

Tyrann habe den Pactum. Magnus cum suis hingerichten lassen; es konnte also der Testirer über das Leben der ersten Erbin sich sehr leicht in einem Irrthume befinden. S. Gu. PANCIROLI thesaur. Lect. Lib. II. Cap. 62. (Jurispr. Rom. et Att. T. II. p. 1175). Auch der nachher erwähnte Novius Rufus ist eine historische Person; er wurde ebenfalls hingerichtet. S. Ael. SPARTIANUS in vita Severi Cap. 13. — Ueber den Namen des Pactumejus Magnus s. noch BYNKERSHOEK obs. jur. Rom. Lib. III. c. 7 p. 68 in f., besonders aber OTTO in praefat. thes. jur. Rom. prooem. T. I. p. 39.

37) Der Sinn dieses, allerdings sonderbar ausgedrückten Satzes, ist klar: weil ich die nicht zu Erben haben kann, welche ich wünschte. Die Lesart: *contingere*, welche sich bei Mehreren findet (s. SMALLENBURG in SCHULTINGII not. ad Dig. T. V. p. 76 ad h. l. Not. 4) verbessert nichts, wenn man nicht auch Statt *poterit* liest: *possunt*. Vgl. insonderheit BRECHMANN und GEBAUER in not. ad h. l. Not. 89.

38) Modus hat hier offenbar die Bedeutung von *causa* (s. CUIJACIUS in comment. ad h. l.), wie mit unzweifelhafter Gewissheit aus dem folgenden Satze: *quia falsus non solet obesse* hervorgeht (Cuijaci a. a. O. will Statt *quia* lesen *qui*). Uebrigens paßte hier das *falsa causa non nocet* gar nicht; es geht nur auf den Fall, wo der Testirer sich nicht in einem Irrthum befand. Ist letzteres der Fall, so kann der Donator durch *reli. exceptio*

luntate testantis putavit imperator ei subveniendum. Igitur pronuntiavit, hereditatem ad Magnam pertinere, sed legata ex posteriore testamento eam praestare debere, proinde atque si in posterioribus tabulis ipsa fuisset heres scripta.“ Genau genommen liegt indessen gar nichts Besonderes darin, daß hier eine directe Succession aus dem früheren Testamente Statt findet, da die zweite ja auf einem wesentlichen Irrthume beruht, mithin eigentlich gar nicht gelten kann; das Anomale dieser Entscheidung besteht also lediglich darin, daß der frühere Testamentserbe mit Vermächtnissen aus dem späteren ungiltigen Testamente belastet wird³⁹). Da hierüber das Nähere schon in einem andern Zusammenhang ausgeführt ist (Bd. 35 d. Comment. S. 380 — 390), so kann darauf verwiesen werden.

3) Wenn der Testator ein später errichtetes Testament wieder zerstört, und zwar in der Absicht, daß ein früheres, noch unversehrt vorhandenes wieder in Kraft trete, so wird es auch durch den Prätor vermittlest der *sec. tab. B. possessio* aufrecht erhalten. In der oben bereits mehrmals besprochenen *L. 11. §. 2 D. de Bon. poss. sec. tab. (XXXVII. 11)* ist von der civilrechtlichen Zerstörung des Testaments durch Abrogation des Testators die Rede. Dabei heißt es denn: „Plane, si

entfernt werden. *L. 72. §. 6 D. de condit. et demonstr. (XXXV. 1).*

39) Das Gegentheil nimmt A. Faber an; in den Err. Pragmat. Dec. XX. Err. 9. Nr. 4 u. Dec. XXXIX. Err. 5. Nr. 23 bis zu Ende. Die frühere Stelle dieses Comment. worauf oben verwiesen ist, widerlegt diese Ansicht genügend. Uebrigens ist daselbst (S. 381. Not. 85) der Erblasser ohne Grund zum Grobwater der Erbin gemacht.

sui juris effectus codicillis, aut aliis literis eodem testamento se mori velle declaraverit, voluntas, quae defecerat iudicio recenti rediisse intelligetur, non secus, ac si quis aliud testamentum fecisset, ac supremas tabulas incidisset, ut priores supremas relinqueret.“ Diese Entscheidung wird denn auf den Grund gestützt: es werde durch bloße Willenserklärung zwar kein Testament geschaffen, allein hier handle es sich nicht darum, sondern um die Wirkung der *doli exceptio*, welche die Intestaterben dem testamentarischen Erben entgegenstellten; diese Exception sey nicht begründet, wenn der Wille des Erblassers sich nicht für sie, sondern für den Testamentserben erklärt habe. Mit anderen Worten: der Prätor giebt auch aus einem nach Civilrecht zerstörten Testamente eine *secundum tabulas B. P.*; ob sie aber *eum re* oder *sine re* sey, hängt von den Umständen ab, und zwar insbesondere von dem Willen des Testirers, welcher hier dem früheren Testamentserben zur Seite steht ⁴⁰⁾. Der Bemerkung bedarf es wohl

40) S. oben S. 1429. S. 263 fg. Note 54 und S. 328 fg. — Vgl. auch Francke Rotherbenrecht S. 126. — Von VINNIUS ad S. 6 Inst. quib. mod. test. infirm. Nr. 3, welcher hier wohl als Hauptschriftsteller genannt zu werden pflegt, ist die Stelle völlig missverstanden. Statt auf die Eigenthümlichkeiten des Prätorischen Successionsystems Rücksicht zu nehmen, wovon hier Alles abhängt, erklärt er Alles aus f. g. allgemeinen Grundsätzen: die Regel, daß ein vernichtetes Testament nicht wieder aufleben könne, gehe nur auf die Fälle, wo dasselbe auch materiell zerstört sey. So kommt er denn zu dem Resultat, daß ein solches Testament selbst nach dem Civilrecht wieder gültig werde, obgleich Papinian (in unserer L. 11 S. 2 de Bon. pass. sec. tab.) durch die Worte; „non

kann; daß, wenn nach röm. Rechte eine wirksame *Bonorum possessio* aus einem Testamente gegeben wird, jetzt geradezu von einem rechtsgiltigen Testamente gesprochen werden darf; wir können also practisch diesen Satz so ausdrücken: daß durch ein späteres Testament vernichtete, aber materiell noch vorhandene Testament, wird wieder vollkommen gültig, wenn der Erblasser jenes in der Absicht cassirt, daß dieses gelten soll.

4) Aus zwei gleichzeitig errichteten aber ihrem wesentlichen Inhalte nach verschiedenen Testamenten wird eine wirksame *Bonorum possessio* gegeben, wie wenn es ein Testament wäre⁴¹⁾. — Es scheint bei den Alten nicht ungewöhnlich gewesen zu seyn, von demselben Testamente mehrere Original-Exemplare anzufertigen, um der Gefahr des Verlustes nach Möglichkeit vorzubeugen⁴²⁾, d. h. es wurden völlig gleichlautende Testamentsurkunden in dem nämlichen Testamentsact solemnisirt⁴³⁾. Na-

enim *de jure testamenti, quaeritur*“ sehr bestimmt auf das Gegentheil hinweist.

41) Eine gründliche, nur zu viel unnöthige Worterklärungen enthaltende Schrift über den Gegenstand ist *Bernh. Ludov. MOLLENBECCH* (resp. *ELVERT*) *Diss. de duobus testamentis simul validis, ad L. 1, §. 6 ff. de bonor. poss. sec. tab.* Giess. 1718.

42) *S. L. 24 D. qui test. fac. poss. u. §. 13 Inst. de test. ordin. L. 47 D. de leg. II.* — Vgl. auch die in den folgenden Noten anzuführenden Stellen). — Es ist hier von bereits im 34ten Bande d. *Comment.* S. 475 fgg. die Rede gewesen, wobei aber insonderheit noch zu vergl. ist: *Des. HERALDUS observ. et emendat. Cap. 60* (in *Otto's thes. II. p. 1281*).

43) *L. 4 D. de his quae in test. del. „Pluribus tabulis eodem exemplo scriptis unus testamenti voluntatem*

nürlich bildeten diese immer nur ein Testament⁴⁴⁾, obwohl jedes Exemplar bei Nachsuchung einer Bonorum possessio u. s. w. als Original benutzt werden konnte⁴⁵⁾ wodurch sie sich eben von bloßen Copieen eines Testaments unterschieden⁴⁶⁾. — Von einem Falle der Art

eodem tempore dominus solenniter complevit.“ — *Eodem exemplo* heißt hier natürlich nicht: in demselben Exemplar, sondern es wird dieser Ausdruck auf den Inhalt, auf die Art und Beschaffenheit bezogen, wie er in diesem Sinne auch bei den nichtjuristischen Classikern sehr häufig gebraucht wird. Also *plures tabulae eodem exemplo scriptae* sind: mehrere Exemplare desselben Inhalts, wie bei Sueton in *vita Tiberii cap. net.* Vgl. POTHIER Pand. Justin. tit. *de his quae in test. del.* Nr. V. Note c. (T. II. p. 195) u. Bd. 34 d. Comment. S. 477 fg.

44) Das *interdictum de tabulis exhibendis*, sagt Ulpian, kann auf alle Exemplare zusammen gerichtet werden, *quia unum testamentum est;*“ L. 3. §. 1 D *de tab. exhib.* (XLIII. 5).

45) L. 1. §. 5 D. *de Bon. poss. sec. tab.* (XXXVII. 11).

46) L. 1. §. 7 D. *eod.* „Si unum fecerit testator quasi testamentum, aliud quasi exemplum, si quidem id exstat, quod voluit esse testamentum, bonorum possessio petetur, si vero id, quod exemplum erat, bonorum possessio peti non poterit.“ — Gewöhnlich bedeutet exemplum (im Gegensatz von exemplar) wie hier, eine Copie, exemplar dagegen ein Original. (S. PL. SALMASIUS *de subscribend. et signand. testam.* Cap. IV — VI). Aber es ist bekannt, daß exemplar auch für eine bloße Abschrift gebraucht wird, plura exempla aber bisweilen für: mehrere Originaleremplare steht, wie in L. 24 D. *qui test. fac.* Ueberhaupt darf man die Bedeutung der Ausdrücke: *plures testamenti codices, tabulae, exempla, exemplaria* immer nur aus dem

nun spricht Ulpian in der L. 5. §. 1 D. *de Bon. poss. sec. tab.* („Siquis in duobus exemplaribus fecerit testamentum, et aliud exstet, aliud non exstet, tabulae exstare videntur, petique potest bonorum possessio“). Darauf fährt er in dem §. 6 also fort:

„*Set etsi in duobus codicibus simul signatis alios atque alios heredes scripserit, et utramque exstet, ex utroque quasi ex uno competit bonorum possessio, quia pro unis tabulis habendum est, et supremum utrumque accipiemus.*“

Huschke meint nun, daß hier keineswegs von mehreren Testamenten die Rede sey, sondern ebenfalls nur von mehreren Exemplaren desselben Testaments⁴⁷⁾. Nach der Art, wie Huschke sich auf die L. 1. §. 6 cit. beruft, könnte man leicht veranlaßt werden, zu glauben, daß Ulpian buchstäblich von „*plures codices, quibus unum testamentum continetur*“ gesprochen habe, und alsdann möchte sein Tadel allenfalls Grund haben, daß die rechte Bedeutung von *codices* in dieser Stelle nicht berücksichtigt worden sey, wenn man darunter mehrere Testamente verstehe; obgleich in diesem Falle der ganze Satz weder logisch noch juristisch recht zusammenhängen würde. Lassen wir dies aber auf sich beruhen, und halten uns an den ächten Text, so wie an den äußeren Zusammenhang desselben mit den vorausgehenden und nachstehenden Sätzen,

ganzen Zusammenhange bestimmen, indem sie bald Originaleremplare, bald bloße Abschriften, bald schlechthin mehrere Testamente bedeuten.

47) Im Rhein. Museum für Jurisprudenz Bd. VI. Abh. VIII. S. 300 u. das. Note 68.

so ist es ganz unmöglich, hier an mehrere Exemplare des nämlichen Testaments zu denken. Davon spricht Ulpian in dem §. 5. Die Anfangsworte des folgenden §. 6 deuten sehr bestimmt darauf hin, daß jetzt ein anderer Fall vorgetragen werde⁴⁸⁾, und der Inhalt der Stelle selbst bestätigt dies auch vollkommen. Geflissentlich wählt hier der Jurist den Ausdruck: *duo codices simul signati*, im Gegensatz von *duo exemplaria*, wie es in dem §. 5 heißt⁴⁹⁾. Denn mehrere Exemplare desselben Testaments können solche Testamentsurkunden nicht heißen, welche gerade in Ansehung des wesentlichen Inhalts, der Erbeinsetzung, verschiedene Bestimmungen enthalten⁵⁰⁾. Auch alle sonstigen Aeußerungen Ulpian's

48) S. MOLLENBECIUS diss. cit. Cap. III. §. 1.

49) Oder wie der letztere Ausdruck in der L. 3. §. 1. D. de tab. exhib. umschrieben wird: „*Si tabulae in pluribus codicibus scriptae sint.*“ S. MOLLENBECIUS l. l. Cap. III. §. 2.

50) MOLLENBECIUS diss. cit. Cap. III. §. 5. — Vgl. auch oben Bd. 38. d. Comment. S. 86. — Daß man sich in einem Testamente auf eine den Namen des Erben enthaltende Codicillarposition beziehen könne, wird hier Niemand einwenden wollen; denn alsdann ist ja dieser Erbe in jenem Testamente eingesetzt. In unserem Falle enthalten die verschiedenen Testamentsurkunden ganz verschiedene Erbeinsetzungen). — Wenn sich übrigens bloß in nichtwesentlichen Punkten — so in Vermächtnißbestimmungen, eine Differenz zwischen verschiednen zugleich solemnisirten Testamentsurkunden findet, so können diese immer noch als verschiedene Exemplare des nämlichen Testaments angesehen werden. In solchen Fällen soll, nach einer Entscheidung des Proculus, im Zweifel die geringste Beläßigung für den Erben angenommen werden. L. 47. D. de leg. II. „*Binae tabulae testamenti*

sprechen aufs deutlichste dafür, daß, der Jurist hier an verschiedene Testamente dachte. Er sagt: *ex utroque quasi ex uno competit* b. p.⁵¹⁾, sodann; *quia prae unis tabulis habendum est* (nicht *unum testamentum est*, wie in L. 3 §. 1 D. de tab. exhib.). Besonders beweisend aber sind die Schlussworte: „*supremum utrumque accipiemus*“; denn bei mehreren Exemplaren desselben Testaments kann unmöglich von einem ersten und letzten die Rede seyn, hier aber heist es: beide seyn für das zuletzt erklärte Testament zu halten, also sind doch die Verhältnißbegriffe eines ersten und letzten Testaments nicht schon mit Nothwendigkeit durch die Sache selbst ausgeschlossen. Es steht dieser Ansicht aber auch nicht entgegen, daß Ulpian von *codices simul signati* spricht. Zwar will Cl. Salmasius dies so verstehen, daß verschiedene Testamentsurkunden durch Band und Siegel äußerlich vereinigt, also durch eine Solemnität zu einem Ganzen verbunden seien⁵²⁾, und auch Joh. Voet ist

eodem tempore *exemplarii causa* (b. h. als Original-exemplare, s. BRISSON. ex *exemplarium*) scriptae, ut vulgo fieri solet, ejusdem patrisfamilias proferuntur; in alteris centum, in alteris quinquaginta aurei legati sunt Titio. Quaeris, utrum et quinquaginta aureos, an centum dumtaxat habiturus sit? Proculus respondet: in hoc casu magis heredi parcendum est, ideoque utramque legatum nullo modo debetur, sed tantummodo quinquaginta aurei.“ — G. Cujacii consult. 28. — Vgl. über VOET ad tit. Dig. de injusto, rupto iur. f. test. §. 9. zu Anfang.

51) MOLLENBECIUS diss. cit. cap. III. §. 7.

52) SALMASIUS de modo usurar. Cap. 10. p. 417 sqq. und de subscrib. et signand. testam. Cap. 8. p. 21 sqq.

dieser Meinung⁵³⁾. In der That wären hiernach über-
all nicht verschiedene Testamente, sondern nur ein ein-
ziges vorhanden, und Ulpian hätte alsdann weder von
einem *supremum* *utrumque* *testamentum* sprechen,
noch die ganze Sache einer besondern Erörterung werth
halten können⁵⁴⁾. Das sündal ist hier von einem Be-
stehen während des nämlichen Testamentsacts zu verste-
hen, auf ähnliche Weise, wie in der L. 10 pr. D. *de
test. milit.* (XXIX. 1) von einem Soldaten die Rede
ist, welcher gleichzeitig mehrere Testamente errichtet, und
hinzugefügt wird: das erste werde nicht durch das letzte
vernichtet⁵⁵⁾.

Zwei an sich ganz verschiedene Testamente sind kö-
nnen nach strengen Rechtsprinzipien neben einander nicht
bestehen. Da nun hier nicht zu ermitteln ist, welches das
erste und welches das letzte sey, so hätte genau genöthigt
man die Regel zur Anwendung kommen müssen: „*Ubi
pugnantia inter se testamenta iuberentur, neutrum
ratum est*“⁵⁶⁾. Indessen entschied der *favor testamen-*
torum dafür, in diesem Falle beide Testamente als eines
bestehen zu lassen. In Gemäßheit dieses Grundsatzes er-

53) Vgl. *ad tit. de injusto u. f. m. test.* §. 9. §. 10.

54) Die oben angeführte Idee von Salmasius ist auch längst
für widerlegt zu achten. S. *Desid. Henricus*, obser-
vat. et emendat. in Otto's thes. jur. Rom. T. II.
p. 1381 sqq.; auch SCHULTING, not. ad Dig. ad
SMALLERUS T. V. p. 57. ad h. l.

55) Dies nimmt auch Huschke a. a. O. S. 300 Note 68 an.
Warum soll denn aber nicht dasselbe auch hier gelten? —
Vgl. noch MOLLENBROU diss. cit. Cap. III. §. 3. a. G.

56) L. 188. D. *de reg. jur.* — S. ZORRIVS ad Dig. tit.
de fide instrum. nrl. 10.

Hätte denn auch die Ingolstädter Juristen-Facultät zwei gleichzeitig-solemnisirte Testamente für gültig. Eine Ehefrau hatte, bestärkt von ihrem Manne, diesen in einem Testamente zum alleinigen Erben eingesetzt, in einem andern aber ihre nächsten Intestatserben. Sie berief darauf sieben Zeugen, erklärte, daß die beiden von ihr vorgezeigten Testamentsurkunden ihren letzten Willen enthielten, und vollzog alsdann beide Testamente auf gewöhnliche Weise, allein ein jedes besonders. Die von dem Manne bewiesene Rüdriuglichkeit konnte dem zu dessen Besten errichteten Testamente nicht schaden⁵⁷⁾; noch weniger aber stand der Gültigkeit des für die Intestatserben errichteten etwas im Wege; man ließ sie daher neben einander bestehen⁵⁸⁾.

Wie nun aber, wenn sich zwei Testamente ohne Datum finden, oder es ist nur das eine mit einem Datum versehen, und auch sonst nicht zu erweisen, welches das erste und welches das letzte sey? Bekanntlich ist die Gültigkeit eines Testaments in der Regel dadurch nicht bedingt, daß der Tag der Vollziehung aus demselben zu ersehen sey⁵⁹⁾. Gelten auch in diesem Falle beide, oder gilt keins? Die Stimmen der Rechtslehrer sind hierüber sehr getheilt⁶⁰⁾. Diejenigen welche beide nicht bestehen

57) L. 2. C. *et quis reliquum testari prohibetur* vel *coe. parit* (VI. 34.) L. 3. D. *cod.* (XXIX. 6). — C. Bb. 33. d. Comment. §. 1405 Gl. 434 fgg.

58) MOLLANDBACH diss. cit. Cap. IV. §. 2. sqq.

59) Nur das *testamentum parentum inter liberos* macht davon eine Ausnahme. C. Bb. 34. d. Comment. §. 1416. Gl. 468 fgg.

60) Für die Gültigkeit erklären sich STRAK *de suc.* ab int. Diss. IX. Cap. 4. §. 37. SCHMID diss. cit. §. 12 u. 2. Dagegen sind die Accursische Glossen ad h. l. Mol-

lassen wollen, haben allerdings überwiegende theoretische Gründe für sich. Immer enthält Ulpian's Entscheidung eine Ausnahme von dem regelmäßigen Rechte, also eine Singularität; singuläre Rechte aber sind bekanntlich strict zu interpretiren. Auch liesse sich dafür noch allenfalls anführen, daß zwei in demselben Acte vollzogene Testamente doch in einer näheren Beziehung zu einander stehen, als wenn auch jenes nicht einmal der Fall ist. Indessen beruhete Ulpian's Entscheidung schwerlich hierauf. Sind beide Urkunden wirklich ihrem wesentlichen Inhalte nach von einander verschieden, so sind es auch zwei verschiedene Testamente. Der Grund weshalb die Regel: *prius testamentum rumpitur posteriore* hier nicht zur Anwendung kommen kann, ist darin zu suchen, daß es eben nicht zu ermitteln ist, welches das letzte und welches das erste sey; darum heist es: *supremum utrumque accipimus*. Offenbar wurde Ulpian nur durch den Zusammenhang seiner Untersuchung darauf geführt, die Frage so zu stellen: wie wird es gehalten, wenn die gleichzeitig vollzogenen Testamente nicht bloß verschiedene Exemplare desselben Testaments, sondern verschiedene Testamente sind? Berücksichtigt man nun, daß auch bei singulären Rechten die *ratio decidendi* als eigentliche Gesetzesvorschrift zu behandeln ist, wenn sie sich nur auf besondere Fälle angewandt findet⁶¹⁾, so wird man wenigstens gestehen müssen, daß es der Meinung, daß auch in den genannten Fällen beide Testamente neben einander bestehen können, keineswegs an Gründen fehlt.

LENBECK diss. cit. cap. V. §. 6 fgg. Höpfner Commentar §. 518. C. 518. d. 8. Aufl. u. Note 5.

61) S. Thibaut Theorie der log. Auslegung §. 16. C. 60 fgg.

Verichtigungen und Zusätze.

- S. 142 letzte Zeile des Textes ist hinter: dürfe die Parenthese zu schließen.
— 268 Note 65 ist am Schlusse der Note noch hinzuzufügen: Bgl. auch
Marzoll in der Zeitschr. für Civilr. u. Prozeß Bd. III.
S. 188 fgg.
-

